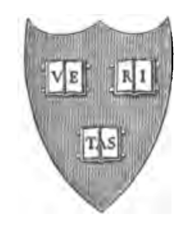

VE
RI
TAS

Herrn Geheimen Justizrath
Professor Dr. Ferdinand
Regelsberger in hochach-
tungsvoller Verehrung
gewidmet vom
Verfasser.

Über die Notwendigkeit der Auflassung zum Eigentumserwerb an Grundstücken,

insbesondere

im Falle der Fusion zweier Handelsgesellschaften.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

einer hohen juristischen Fakultät der Universität Goettingen

von

Franz Biermann
Gerichts-Referendar.



Paderborn, 1899.
Junfermannsche Buchdruckerei.

§ 1.

Einleitung.

Der Gedanke, welcher der Regelung des Eigentumserwerbes an Grundstücken in der Weise zu Grunde liegt, wie er durch die preussische Grundbuchgesetzgebung vom 5. Mai 1872 durchgeführt ist, hat sich in der Praxis durchaus bewährt. Er ist nach dem Vorbilde Preussens in den Gesetzen einer Reihe anderer deutscher Staaten zum Ausdrucke gebracht worden, und die Verfasser des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich haben kein Bedenken getragen, das Grundbuchsystem des neuen Rechtes auf ihm aufzubauen. Die Frage nach der Notwendigkeit der Auflassung zum Eigentumserwerb an Grundstücken hat daher auch für das künftige Recht ein grosses Interesse. Im Folgenden soll zunächst das Wesen der Auflassung nach preussischem und Reichs-Grundbuchrecht besprochen und für einzelne Fälle aus dem Handelsrecht deren Notwendigkeit bezw. Entbehrlichkeit dargelegt werden. An dem besonders interessanten und daher ausführlicher nach altem und neuem Handelsrecht zu behandelnden Fall der Fusion von Handelsgesellschaften wird dann gezeigt werden, wie ausserordentlich geringen Wert die Bearbeiter des preussischen Grundbuchrechts bisher auf eine Klarstellung der Fälle gelegt haben, in denen das Gesetz die Auflassung zum Eigentumserwerb verlangt, wie sie sich vielmehr grossenteils mit der Wiedergabe fremder Ansichten begnügt haben. Dass im Folgenden nur einzelne Fälle herausgegriffen werden und dass daher von einer erschöpfenden Darstellung keine Rede sein kann, bedarf kaum der Hervorhebung.

§ 2.

Die Auflassung des preussischen Rechts.

Litteratur: Förster, preussisches Grundbuchrecht, Berlin 1872; Hartmann, das preussische Immobiliar-Sachenrecht und dessen Reform nach den neuesten Entwürfen, Elberfeld 1869; Achilles, die preussischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 4. Aufl., bearbeitet von O. Strecker, Berlin 1894; Bahlmann, das preussische Grundbuchrecht, Berlin 1872; Turnau, die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872, Bd. I und II, Paderborn und Münster, 5. Aufl. 1892; Willenbücher, das preussische Grundbuchrecht, 2. Aufl., Berlin 1893; Fischer, die preussische Grundbuchgesetzgebung, 3. Aufl., Berlin 1895; Dalcke in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das preussische Recht, Bd. 17; Grosse, Franke, Wittko ebenda, Bd. 19; Kindel ebenda, Bd. 20; Bähr in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Ihering und Unger, Bd. 11; Levy in der Zeitschrift für einheitliches deutsches Recht von Behrend, Bd. 6; Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, 7. Aufl., Berlin 1898; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891; Dernburg, Pandekten, 4. Aufl., Berlin 1894; Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888; Jahrbuch für endgiltige Entscheidungen der preussischen Appellationsgerichte, redigiert und herausgegeben von Johow, Berlin 1872—79; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, Leipzig.

Im Geltungsbereiche der preussischen Grundbuchgesetzgebung vom 5. Mai 1872 wird das Eigentum an einem Grundstück im Falle einer freiwilligen Veräusserung nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuch erworben. Für die Fälle einer nicht freiwilligen Veräusserung bleibt das vor Einführung der Grundbuchgesetze geltende Recht in Kraft. Die Frage nach der Notwendigkeit der Auflassung zum Eigentumserwerb an Grundstücken ist daher in erster Linie die Frage, ob im gegebenen Fall eine „freiwillige Veräusserung" im Sinne des Gesetzes vorliegt oder nicht. Bevor auf einzelne Fälle dieser Art eingegangen wird, ist zunächst das Wesen der Auflassung zu untersuchen.

Die Auflassung eines Grundstücks erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamt (Amtsgericht) abzugebenden Erklärungen einmal des eingetragenen Eigentümers, dass er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und dann des Letzteren, dass er diese Eintragung beantrage, § 2 E. E. G. Wenn diese Erklärungen auch vor dem Grundbuchrichter abgegeben werden und in gewissem Sinne auch dem Grundbuchrichter, da ja an diesen der Antrag auf Eintragung des neuen Erwerbers im Grundbuche gerichtet wird, so wäre es doch verkehrt, hieraus zu schliessen, dass sie lediglich für den Grundbuchrichter, also nicht etwa auch gegenseitig unter den Kontrahenten abgegeben würden. Vielmehr ist gerade diese Seite der Sache im Gegensatze zu FÖRSTER (S. 88) besonders hervorzuheben, dass nämlich die beiden Parteien, indem sie vor dem Grundbuchrichter erscheinen und die Umschreibung des Besitztitels bewilligen und beantragen, damit gegenseitig Erklärungen austauschen d. h. einen Vertrag schliessen. Es ist dasselbe Verhältnis, wie bei der Tradition körperlicher Sachen nach der Lehre des gemeinen Rechts. Gerade wie hier die Tradition der Eigentumsübertragungsvertrag selbst ist, wie ohne sie ein solcher höchstens obligatorische, niemals dingliche Wirkung haben kann, wie nach WINDSCHEIDS Ausdrucke der Eigentumsübertragungsvertrag in der Tradition wiederholt wird, auch wenn er ihr vorhergegangen ist, so geht auch der Inhalt der Auflassungserklärung dahin, dass der Eigentümer dem Erwerber erklärt, ihm sein Eigentum übertragen zu wollen, und dass Letzterer diese Erklärung annimmt. Diese Erklärung, für welche zwar keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, welche aber doch in allen wesentlichen Punkten den Erfordernissen des § 2 E. E. G. entsprechen muss, wirkt in Verbindung mit der sich anschliessenden Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuche den Übergang des Eigentums von dem Veräusserer auf den Erwerber. Es kommt also durchaus nicht darauf an, ob der Erwerber ein Recht auf Übertragung des Eigentums hatte und ob der Veräusserer zu dieser Übertragung verpflichtet war. Ist die Auflassungserklärung rechtsgiltig abgegeben und im Anschluss daran die Umschreibung des Grundbuchblattes auf den Namen des Erwerbers erfolgt, so ist dieser wahrer Eigentümer geworden, und zwar nicht nur kraft des öffentlichen Glaubens, dessen die Eintragung im Grundbuche geniesst, Dritten gegenüber, sondern auch seinem Vertragsgegner gegenüber, dem dann

im Falle der Mangelhaftigkeit des der Auflassung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes nichts anderes übrig bleibt, als eine persönliche Klage auf Rückübertragung des Eigentumes durch wiederholte Auflassung und Eintragung auf seinen Namen. Man hat daher mit Recht die Auflassung, gerade wie die Tradition im gemeinen Recht, einen abstrakten dinglichen Vertrag genannt, und es ist DALCKE (bei GRUCHOT, Bd. 17, S. 455) lediglich zuzustimmen, wenn er sagt: „Wenn der § 48 der Grundbuchordnung bestimmt, dass die Beteiligten das Rechtsgeschäft, welches der Auflassung zum Grunde liegt, in der Auflassungserklärung bezeichnen können, so ist damit wohl deutlich genug erklärt, dass die Auflassungserklärung und das Rechtsgeschäft zwei ganz getrennte Akte sein sollen, und dass dieselben also weder vollständig mit einander vermischt, noch auch nur äusserlich verbunden werden dürfen.“ In dem Bestreben, diese Unabhängigkeit der Wirkung der Auflassungserklärung von dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft, welches er einmal (S. 39) „Vorvertrag“ nennt, möglichst klar und bestimmt zum Ausdrucke zu bringen, bezeichnet HARTMANN (S. 75) die „causa praecedens“ geradezu als „Motiv“ der Auflassung, eine Ausdrucksweise, welche sich auch in den Motiven zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Bd. 3, S. 9) wiederfindet.

Wenn die Auflassung nach dem Vorgange von BÄHR (S. 70 ff.) als „substantiell“ von der Tradition durchaus nicht verschieden aufgefasst wird, so ist doch nicht zu übersehen, dass ein wichtiger Unterschied zwischen beiden besteht. Während die Tradition das Eigentum wirklich überträgt, hat die Auflassung an sich diese Kraft nicht. Die „befestigende gerichtliche Form für die Auflassungserklärung“, wie die Motive zu den Entwürfen der preussischen Grundbuchgesetze (bei FÖRSTER, S. 80) sagen, ist die Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuch, und die Motive erklären ausdrücklich, dass ebensowenig eine Auflassung ohne Eintragung den Eigentumserwerb vollende, weil dem Inhalte die Form fehle, wie eine Eintragung ohne vorangehende Auflassung kein Eigentum gäbe, weil der Form der Inhalt fehle.

Man hat im Anschluss an die abstrakte Natur der Auflassung die Frage erörtert, ob im Geltungsbereiche der preussischen Grundbuchgesetzgebung derjenige als redlicher Besitzer im Sinne des gemeinen Rechts, (welches hier überall zu Grunde gelegt wird,) ange-

sehen werden könne, welcher ein Grundstück vom eingetragenen Eigentümer kaufte und tradiert erhielt? Das Reichsgericht hat diese Frage wiederholt (Entsch. Bd. 2, S. 308, Bd. 21, S. 318) verneint mit der Begründung, dass der Besitzer wisse oder wissen müsse, dass er weder Eigentümer ist, noch es auf Grund des Vertrages und der Übergabe werden konnte. ACHILLES, auf welchen sich das Reichsgericht ausdrücklich bezieht, spricht (S. 57) nur von der Vorschrift der §§ 25, 26 I, 15 A. L. R., welche dem eingetragenen Eigentümer gegenüber nicht mehr in Betracht komme, da sich diesem gegenüber niemand auf einen redlichen Besitz, wie ihn die §§ 25, 26 voraussetzten, berufen könne. (FÖRSTER-)ECCIUS, dessen Darstellung (Bd. 3, § 180 Anm. 91) vom Reichsgericht ebenfalls zur Begründung herangezogen wird, und welcher für das preussische Recht die Ansicht des Reichsgerichts teilt, sagt ausdrücklich, dass man im gemeinrechtlichen Geltungsgebiete des Eigentumserwerbsgesetzes, wo die künstliche Erstreckung des Begriffes der Unredlichkeit auf den der „Unrechtfertigkeit“ unbekannt sei, den Anspruch des Besitzers aus Verwendungen vielleicht anders beurteilen könne. Es liegt in der That kein Grund vor, jemanden, der unter Zustimmung und mit Willen des Eigentümers Eigentumsbesitz hat, als unredlichen Besitzer zu behandeln; auch das Reichsgericht geht nicht so weit, dass es den guten Glauben als die Überzeugung, Eigentümer geworden zu sein, hinstellte. Es ist vielmehr mit DERNBURG (I, § 194 Anm. 8) für das gemeine Recht anzunehmen, dass jemand, der ein Grundstück vom eingetragenen Eigentümer verkauft und tradiert erhalten hat und der Eigentumsklage des eingetragenen Eigentümers weichen muss, ein Rückbehaltungsrecht wegen nützlicher Verwendungen hat, die er auf die fremde Sache machte. Oder sollte beispielsweise der Käufer und Besitzer eines Hauses, welcher mit dem Verkäufer den nächsten Auflassungstag des zuständigen Grundbuchrichters zur Auflassung verabredet, da regelmässig nur an solchen Auflassungen erklärt werden sollen, sollte ein solcher Käufer von dem Dritten, welcher in der Zwischenzeit vom Eigentümer die Auflassung erlangt hat, als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist und als solcher auf Herausgabe des Grundstücks klagt, nicht die Erstattung nützlicher Auslagen fordern können, die er in der Zwischenzeit auf das Haus gemacht hat und welche dessen Wert zur Zeit der Herausgabe vielleicht ganz bedeutend vermehren? Während übrigens (FÖRSTER-)

ECCIUS (a. a. O. S. 299) behauptet, zur Zeit könne Rechtserwerb an einer unbeweglichen Sache in der redlichen Überzeugung, Recht erlangt zu haben, durch Rechtsgeschäft nicht anders stattfinden, als durch Auflassung bezw. Hypothekenbestellung des eingetragenen Eigentümers, können nach ihm (S. 300) trotzdem auch bei unbeweglichen Sachen die Ansprüche des Besitzers aus Verwendungen in demselben Masse, wie bei beweglichen Sachen geltend gemacht werden, soweit der Besitz ein redlicher ist, und nach Anm. 93a „bleibt auch dann, wenn der eingetragene Besitzer oder der eingetragene Eigentümer, das im redlichen Besitz eines anderen befindliche Grundstück durch Auflassung veräussert, der redliche Besitzer dem neuen Eigentümer gegenüber redlich.“

Es ist ferner die Frage aufgeworfen worden, ob der Nichteigentümer, welcher zu Unrecht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, aber ein vertragsmässiges Recht auf Übertragung des Eigentumes an dem Grundstücke hat, sich noch einmal, und zwar auf Grund einer Auflassung als Eigentümer eintragen lassen müsse, wenn er auf das Grundstück eine Last legen will, welche nur durch Eintragung im Grundbuch entsteht. GROSSE (bei GRUCHOT, Bd. 19, S. 412) hat folgenden Fall zur Sprache gebracht. Jemand, der als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, lebte entweder schon zur Zeit seiner Eintragung bezw. seines Erwerbes des Grundstücks in ehelicher Gütergemeinschaft, oder ist nach seiner Eintragung etc. eine Ehe mit Gütergemeinschaft eingegangen, ohne dass dieses Rechtsverhältnis im Grundbuche vermerkt ist. Der nicht eingetragene Ehegatte starb, hinterliess eheliche Kinder als seine Erben; zwischen diesen und dem überlebenden, eingetragenen, Ehegatten fand eine Auseinandersetzung über das gütergemeinschaftliche Vermögen und zugleich unter den Erben eine Erbteilung statt; hierbei wurde das Grundstück dem überlebenden Ehegatten überwiesen, den Kindern dagegen als Erbteil eine Summe Geldes festgesetzt, welche dem überlebenden Ehegatten kreditiert wurde, deren Sicherstellung durch Eintragung auf dem Grundstück erfolgen sollte. Der überlebende Ehegatte bewilligte und beantragte darauf vor dem Grundbuchrichter die Eintragung dieser Erbteilsforderungen. Trotzdem er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen steht, ist mit GROSSE anzunehmen, dass er die Hypotheken nicht giltig bestellen kann, da er infolge des Eintrittes des Grundstücks in die eheliche

Gütergemeinschaft und des Erbfalls in Wahrheit nicht der Eigentümer ist. Es wird in der That der Praxis nichts anderes übrig bleiben, als den schon im Grundbuch Eingetragenen auf Grund einer Auflassung noch einmal einzutragen, wenn er das Grundstück veräussern oder belasten will, da solches eben nur der eingetragene Eigentümer kann, wie sonderbar dem Praktiker auch dieses eigentümliche Verfahren erscheinen mag.

Was die wichtige Frage anlangt, was unter einer „freiwilligen Veräusserung" im Sinne des § 1 des Eigentumserwerbsgesetzes zu verstehen sei, so hat man sich die grösste Mühe gegeben, diesen scheinbar so klaren Ausdruck durch andere Wendungen zu umschreiben und so seine Bedeutung möglichst klarzustellen. Dennoch hat man eine Einigung darüber, welche Fälle das Gesetz als freiwillige Veräusserung angesehen wissen will, noch nicht erzielen können. FÖRSTER, welcher als Verfasser der Entwürfe zu den Grundbuchgesetzen genannt wird, bezeichnet (S. 96) als die Fälle der nicht freiwilligen Veräusserung diejenigen, in denen eine Auflassungserklärung nicht möglich sei, weil entweder der eingetragene Eigentümer nicht mehr lebe, oder weil sich der Erwerb durch Ereignisse vollziehe, die von dem Willen des eingetragenen Eigentümers unabhängig seien, oder gegen dessen Willen den Erwerb bewirken. Nach BAHLMANN (S. 16) liegt eine freiwillige Veräusserung vor bei einer freiwilligen Übertragung des Eigentumes durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, während es einer Auflassung und Eintragung seiner Ansicht nach (S. 30) in denjenigen Fällen nicht bedarf, in denen sich der Erwerb infolge von Ereignissen vollzieht, nämlich der Erwerb durch Erbgang und durch Eintritt in die eheliche Gütergemeinschaft, sowie die Fälle, in denen zwar nicht notwendig der Erwerb sich ausserhalb einer Auflassung vollzieht, die bestehende Gesetzgebung aber ihn an Ereignisse knüpft, die nicht Handlungen der Parteien selbst sind. Während LEVY (bei BEHREND, Bd. 6, S. 603) behauptet, dass in allen Fällen, wo nach früherem Rechte zum Erwerbe des Eigentums an Grundstücken die Übergabe nicht erforderlich gewesen sei, dieser Erwerb nicht auf einer freiwilligen Veräusserung im Sinne des § 1 E. E. G. beruhe, führt ACHILLES (S. 31) aus, dass die freiwillige Veräusserung meist der mittelbaren Erwerbung des A. L. R. I, 9 § 6 entspricht und regelmässig da vorliegt, wo das Landrecht Titel und Übergabe, das gemeine Recht Tradition zur Übertragung des Eigentums erfordert.

Mit Recht hebt ACHILLES hervor, dass sich das Kennzeichen der Freiwilligkeit nur auf den Akt der Veräusserung, nicht etwa auf das Motiv derselben bezieht und dass daher in dem Falle, wo nach dem Gesetze die Mitwirkung der Beteiligten zur Herbeiführung des Eigentumsüberganges erforderlich ist, die Veräusserung stets eine freiwillige ist, gleichviel ob der bisherige Eigentümer aus einem von ihm errichteten Vertrage oder durch ein anderes Ereignis die Verpflichtung überkommen hat, das Eigentum auf einen anderen zu übertragen. TURNAU (I. S. 194) will überall da eine nicht freiwillige Veräusserung annehmen, wo nach bisherigem Recht eine Thätigkeit der Parteien zum Zwecke der Veräusserung und des Erwerbs nicht erforderlich war, wo also die Eigentumsübertragung nicht auf einem zwischen dem Erwerber und dem Veräusserer abgeschlossenen Rechtsgeschäfte beruht. Bei gleichwiegenden Zweifelsgründen rät er auf der Auflassung zu bestehen, weil die Auflassung selbst für die Verteidiger der entgegengesetzten Ansicht höchstens als ein unschädliches superfluum erscheinen dürfte, während die unbedingte Negierung des Erfordernisses der Auflassung keineswegs den Prozessweg abschneide, ein rechtskräftiges Erkenntnis aber, das die Notwendigkeit der Auflassung festsetzte, von einschneidender, in ihrer Tragweite kaum übersehbarer Wirkung bezüglich der inzwischen bewirkten Eigentums- und sonstigen Eintragungen sein würde. Dem steht freilich wieder die Erwägung entgegen, dass die Auflassung auch als „unschädliches superfluum“ Kosten, unter Umständen hohe Kosten verursacht, und dass dem Grundbuchrichter nicht das Recht gegeben ist, das seine Mitwirkung in Grundbuchsachen suchende Publikum unnötigerweise in Kosten zu stürzen. Unter Berufung auf ACHILLES sieht WILLENBÜCHER (S. 12 fg.) in einer freiwilligen Veräusserung eine solche, in der nach dem Gesetze die Mitwirkung der Beteiligten zur Herbeiführung des Eigentumsüberganges erforderlich ist, während nach ihm die Notwendigkeit der Auflassung fortfällt, wenn weder ein Wechsel des Eigentümers noch eine Veränderung der Anteile der Eigentümer vorliegt. Von dem Satze, dass in den Fällen, in denen früher das Eigentum an Grundstücken durch Tradition übertragen wurde, unter der Herrschaft der Grundbuchgesetze Auflassung erforderlich sei, gehen auch FRANKE (bei GRUCHOT, Bd. 19 S. 70 ff.) und WITTKO (ebenda S. 30) aus. KINDEL (bei GRUCHOT, Bd. 20, S. 45 fg.) hält die Fassung des § 5 des Eigentumserwerbsgesetzes für keine

glückliche; denn der Gegensatz einer freiwilligen sei die unfreiwillige Veräusserung, ein Begriff, der einen Widerspruch in sich selbst enthalte, da die Veräusserung als Akt des Veräusserns stets etwas Freiwilliges sei. Auch er nimmt an, dass das Gesetz unterscheiden wollte zwischen dem Erwerbe des Eigentums, der sich auf den Willen des Veräusserers stützt, und dem Erwerbe, der auf einer anderen rechterzeugenden Thatsache beruht, und hält die Auflassung überall für notwendig, wo sich der Erwerb auf den Willen der Kontrahenten stützt. Das Reichsgericht endlich hat den Gedanken, welcher bei der Mehrzahl der hier aufgeführten Schriftsteller wiederkehrt, nach dem Vorgange des Appellationsgerichts Hamm (bei JOHOW, Bd. 3 S. 89) in dem Erkenntnis vom 3. Januar 1888 (Entsch. Bd. 20 S. 259) dahin ausgesprochen, dass die Bestimmung des § 1 des Eigentumserwerbsgesetzes in den Fällen Anwendung findet, in welchen das Eigentum nicht kraft Gesetzes, ohne Zuthun des bisherigen Besitzers oder selbst gegen seinen Willen nach dem bisher geltenden Recht erworben wird, sondern wo die Mitwirkung der Beteiligten zur Herbeiführung des Eigentumsüberganges notwendig ist, in Fällen also, wo der Eigentumsübergang auf Grund einer Disposition der Beteiligten erfolgt und mithin auf ihrer freien übereinstimmenden Willenserklärung beruht. Diese Erläuterung des Begriffs der „freiwilligen Veräusserung“ im Sinne des § 1 des Eigentumserwerbsgesetzes ist völlig erschöpfend und daher für die Untersuchung der einzelnen Fälle als massgebend anzunehmen. Die eigentümliche Erscheinung, dass trotz der scheinbaren Übereinstimmung der meisten Schriftsteller in dieser Frage dennoch betreffs der einzelnen Fälle die Ansichten so ausserordentlich auseinandergehen, erklärt sich daraus, dass es eben in vielen Fällen zweifelhaft ist, ob das Recht einen Eigentumsübergang kraft Gesetzes aufstellt oder nicht, anderseits aber auch daraus, dass sich, wie beispielsweise beim Miteigentum, vielfach ganz verschiedene Auffassungen über die Natur dieses Rechtsinstituts gegenüberstehen.

§ 3.

Die Auflassung des bürgerlichen Gesetzbuches.

Litteratur: Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, Hannover 1898; Altvater in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft von Buchka, Altvater, Birkmeyer, Bd. 16; Küntzel in Gruchots Beiträgen, Bd. 42; Das bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, in Verbindung mit André, Greiff, Ritgen, Unzner herausgegeben von Achilles, Berlin 1896; Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen. Dem Reichstage vorgelegt in der vierten Session der neunten Legislaturperiode, 4. Aufl., zum Dienstgebrauche der preussischen Justizbehörden hergestellte Ausgabe, Berlin 1896; Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürg. Gesetzbuches, Bd. 3, Berlin 1899; Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vom 24. März 1897, mit Materialien (der Denkschrift zum Entwurf und dem Berichte der Kommission), 2. Aufl., Berlin 1897; Hahn, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 5. Bd., Materialien zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, Berlin 1897; Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung, im Auftrage des Vorstandes des deutschen Anwaltvereins dargestellt und aus den Protokollen der zweiten Lesung erläutert, Berlin 1894; Oberneck in Gruchots Beiträgen, Bd. 43.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat sich, wie die Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches (S. 174) hervorhebt, für die dem preussischen Gesetze vom 5. Mai 1872 zu Grunde liegende Auffassung vom Eigentumserwerb an Grundstücken entschieden. Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ist nach § 873 die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt. Diese Einigung des Veräusserers und des Erwerbers, die Auflassung, muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden, § 925 Abs. 1. Im Wesentlichen hat also das bürgerliche Gesetzbuch das materielle Recht der preussischen Grundbuchgesetzgebung in Bezug auf den Eigentumserwerb an Grundstücken übernommen. Im Einzelnen sind einige Bestimmungen geändert.

Nach preussischem Rechte war zur Auflassung nur der eingetragene Eigentümer befugt. Hiervon ging auch der erste Entwurf zum bürgerlichen Gesetzbuch aus, welcher zur Giltigkeit des dinglichen Vertrages (der Auflassung) im § 828 forderte, dass derjenige, welcher über ein Recht (hier das Eigentumsrecht) verfügte, als der Berechtigte im Grundbuch eingetragen sei. Die §§ 873, 925 des bürgerlichen Gesetzbuches enthalten zwar von diesem Erfordernis nichts. Es kommt also materiell lediglich darauf an, dass der Auflassende Eigentümer ist. Aber er kann formell doch nicht beim Grundbuch über sein Grundstück verfügen, da nach § 40 der Reichsgrundbuchordnung eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Der Grundbuchrichter hat also, wie im preussischen Rechte, zu prüfen, ob der Auflassende im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Dagegen ist, abweichend vom preussischen Rechte, die Eintragung des neuen Eigentümers vollwirksam, wenn der Grundbuchrichter die Vorschrift des § 40 verletzt, indem er die Auflassungserklärung des nicht eingetragenen, anderweitig legitimierten Eigentümers entgegennimmt und auf Grund dieser Auflassung den Erwerber in das Grundbuch einträgt. Es wäre gewiss, wie BÖHM (S. 427) unter Berufung auf KÜNTZEL (bei GRUCHOT, Bd. 42 S. 96) mit Recht hervorhebt, ein ungerechtfertigter Formalismus, die Giltigkeit einer Eintragung, die auf Grund einer Verfügung des wirklich Berechtigten erfolgt, nur deshalb zu verneinen, weil dieser nicht im Grundbuch eingetragen sei. Allein die grosse Wichtigkeit der formellen Bestimmung des § 40 der Grundbuchordnung für die ordnungsmässige und glatte Erledigung der Geschäfte des Grundbuchrichters ist doch so einleuchtend, dass ihre Zweckmässigkeit, ja geradezu Notwendigkeit nicht leicht bestritten werden wird.

Während das preussische Recht nur den Miterben, nicht dem Alleinerben die Befugnis giebt, ein ererbtes Grundstück aufzulassen, auch wenn sie nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind, ist nach § 41 RGBO. diese Vergünstigung allen Erben erteilt, auch dem Alleinerben. Es heisst hier: „Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 findet keine Anwendung, wenn derjenige, dessen Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder Aufhebung des Rechtes eingetragen werden soll. Es ist in der That nicht abzusehen, warum die Erleich-

terung, welche man den Miterben gewährt, dem Alleinerben vorenthalten werden soll. Die Gründe, welche FÖRSTER (S. 97 fg.) für die Bestimmung des preussischen Rechtes anführt, sind wenig befriedigend. Der äussere Zweckmässigkeitsgrund, dass durch das Wegfallen der Eintragung der Erben Kosten und vor allem dem Grundbuchamt Arbeit erspart wird, gilt doch sicherlich trotz der entgegengesetzten Behauptung FÖRSTERS ebensowohl für den Alleinerben, wie für die Miterben. Der innere Rechtfertigungsgrund aber, dass die Miterben, solange sie noch nicht den Nachlass geteilt haben, das Grundstück als Repräsentanten des Erblassers auflassen, ist mit demselben Recht auch für den Alleinerben geltend zu machen, da auch er den Erblasser repräsentiert und mithin als sein Repräsentant auflässt, jedenfalls solange er das beneficium inventarii nicht durch Entsagung oder auf andere Weise verloren hat. Vgl. hierzu Motive Bd. 3 S. 317.

Das Erfordernis der Auflassung und Eintragung ist beschränkt auf die Fälle, in denen „nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.“ Damit ist der Ausdruck: „Fälle der freiwilligen Veräusserung“, der im preussischen Rechte zu mancherlei Zweifeln führen musste, beseitigt. Das bürgerliche Gesetzbuch regelt, soweit es sich um den Eigentumserwerb an Grundstücken handelt, nur wenige Fälle abweichend von den Bestimmungen der §§ 873, 925.

Für den Erwerb eines aufgegebenen Grundstücks bestimmt § 928 Abs. 2, dass das Recht zur Aneignung eines solchen Grundstücks dem Fiskus des Bundesstaates zusteht, in dessen Gebiete das Grundstück liegt. Der Fiskus erwirbt das Eigentum dadurch, dass er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen lässt. Nach § 1438 werden das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau durch die allgemeine Gütergemeinschaft gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten, Gesamtgut. Zu dem Gesamtgute gehört auch das Vermögen, das der Mann oder die Frau während der Gütergemeinschaft erwirbt. Die einzelnen Gegenstände werden gemeinschaftlich, ohne dass es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf. Wird ein Recht gemeinschaftlich, das im Grundbuch eingetragen ist oder in das Grundbuch eingetragen werden kann, so kann jeder Ehegatte von dem andern die Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Ebenso wird nach § 1519 dasjenige, was der Mann oder die Frau während der Errungenschaftsgemeinschaft erwirbt, gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten (Gesamtgut), auf welches

wiederum die für die allgemeine Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften des § 1438 Abs. 2, 3 Anwendung finden. Ferner geht nach § 1922 mit dem Tode einer Person (Erbfall) deren Vermögen (Erbschaft), als Ganzes auf einen oder mehrere andere Personen (Erben) über. Nach der Bestimmung des § 927 kann der Eigentümer eines Grundstückes, wenn dasselbe seit dreissig Jahren im Eigenbesitze eines Anderen ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Recht ausgeschlossen werden. Ist der Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so ist das Aufgebotsverfahren nur zulässig, wenn er gestorben oder verschollen ist und eine Eintragung in das Grundbuch, die der Zustimmung des Eigentümers bedurfte, seit dreissig Jahren nicht erfolgt ist. Derjenige, welcher das Ausschlussurteil erwirkt hat, erlangt das Eigentum dadurch, dass er sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen lässt. Ist freilich vor der Erlassung des Ausschlussurteils ein Dritter als Eigentümer oder wegen des Eigentums eines Dritten ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen worden, so wirkt das Urteil nicht gegen den Dritten. Während dieser § 927 eine „Ersitzung" des nicht eingetragenen Besitzers des Grundstücks gegen den nicht im Besitze befindlichen aber eingetragenen Eigentümer regelt, trifft § 900 Bestimmungen über die Ersitzung des eingetragenen, im Besitze befindlichen Nichteigentümers gegen den nicht eingetragenen wahren Eigentümer. Hiernach erwirbt derjenige, welcher als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist, ohne dass er das Eigentum erlangt hat, das Eigentum, wenn die Eintragung dreissig Jahre bestanden und wenn er während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitze gehabt hat. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Eintragung im Grundbuch eingetragen ist. Von dem Erfordernisse eines Titels oder des guten Glaubens ist bei dieser Ersitzung also nicht die Rede. Die Zweckmässigkeit dieser Tabularersitzung, welche der erste Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs abgelehnt hatte, weil die Ersitzung mit dem Grundbuchsystem nicht verträglich und auch entbehrlich sei (Motive, Bd. 3 S. 308—310), ist nicht zu verkennen, da trotz der grössten Sorgfalt der Grundbuchrichter in der Praxis immer Fälle vorkommen werden, in denen jemand als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird, ohne das Eigentum erworben zu haben.

Damit ist der Kreis der Fälle, in denen die Auflassung des

Grundstücks zum Eigentumserwerb nicht erforderlich ist, nicht erschöpft. Unter „Gesetz“ versteht das bürgerliche Gesetzbuch nach Art. 2 des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche jede Rechtsnorm. Es kann also sowohl das neben dem bürgerlichen Gesetzbuche bestehende Reichs- wie auch Landesrecht eine Befreiung von der Notwendigkeit der Auflassung begründen. So bestimmt beispielsweise § 90 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, dass bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks der Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer des Grundstücks wird, sofern nicht im Beschwerdewege der Beschluss rechtskräftig aufgehoben wird. Was das Landesrecht angeht, so hält Art. 65 des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche die landesgesetzlichen Vorschriften über Anlandungen, entstehende Inseln und verlassene Flussbetten ausdrücklich aufrecht; ferner bleiben nach Art. 109 dieses Gesetzes die landesgesetzlichen Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigentums, nach Art. 113 die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zusammenlegung von Grundstücken, über die Gemeinheitsteilung, die Regulierung der Wege, die Ordnung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse unberührt. Dies gilt insbesondere von den Vorschriften, welche die durch ein Verfahren dieser Art begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten zum Gegenstande haben oder welche sich auf den Erwerb des Eigentums, auf die Begründung, Änderung und Aufhebung von anderen Rechten an Grundstücken und auf die Berichtigung des Grundbuches beziehen. Soweit im Einführungsgesetze zum bürgerlichen Gesetzbuche zu Gunsten der Landesgesetze Vorbehalte gemacht sind, gelten sie nach § 83 der Reichsgrundbuchordnung auch für die Vorschriften der Landesgesetze über das Grundbuchwesen; den Landesgesetzen stehen nach Massgabe der Art. 57, 58 des Einführungsgesetzes die Hausverfassungen in den landesherrlichen Familien wie in der fürstlichen Familie Hohenzollern gleich. Weitere Vorbehalte für die Landesgesetzgebung und das Wesentlichste über die der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Materien stellt ALTVATER (S. 143—155) dar.

§ 4.

Einige Fälle aus dem Handelsrecht.

Litteratur: Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin u. Leipzig, I. Bd. 1. Abt. 1886, 2. Abt. 1892; Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. auf Grundlage des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 umgearbeitete Aufl., Stuttgart 1898; Staub, Kommentar zum A. D. Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), 5. Aufl., Berlin 1897; Derselbe, Supplement zu Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897; Goldschmidt, Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft, Berlin 1892; Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, Berlin 1895; Lastig in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. I.; Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887; Regelsberger in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, in Verbindung mit Keyssner, v. Hahn, Laband, Sachs herausgegeben von Goldschmidt, Bd. 14; Laband ebenda Bd. 30, 31; Eccius ebenda Bd. 32; Litthauer, A. D. Handelsgesetzbuch unter Ausschluss des Seerechts, mit Anmerkungen, 9. Aufl., Berlin 1897; Derselbe, Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 unter Ausschluss des Seerechts, mit Anmerkungen, Berlin 1898; Entwurf eines Handelsgesetzbuches nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes und einer Denkschrift, Reichstagsvorlage, Berlin 1897; Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 6. Bd. Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897; Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, herausgegeben von Johow; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes, Leipzig.

Von besonderem Interesse sind — abgesehen von der unten ausführlicher zu behandelnden Fusion — einige durch das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 geregelte Fälle.

I. Nach § 17 Abs. 1 dieses Gesetzes ist die Firma eines Kaufmanns der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt. Dieser § 17 ist eine wörtliche Wiederholung des Art. 15 des alten Handelsgesetzbuches. Man hat im Anschluss an diesen Artikel 15 die Frage aufgeworfen, ob ein Einzelkaufmann unter seiner Firma Grundstücke erwerben könne. Das preussische Kammergericht hat in dem Beschlusse vom 25. Juni 1883 (bei JOHOW, Bd. 4 S. 133) diese Frage verneint. Im Gesetze wird der Fall nicht besonders erwähnt; da aber nach Art. 275 Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte sind, so schliesst das Kammergericht mit Recht, dass ein Einzelkaufmann nicht unter

seiner Firma Grundstücke zu Eigentum erwerben könne, während BEHREND (S. 266) daraus, dass das Handelsgesetzbuch dem Einzelkaufmann nicht ausdrücklich das Recht giebt, unter seiner Firma Grundstücke zu erwerben, nur folgert, dass dasselbe eine über den Bereich der Handelsgeschäfte hinausgehende Verwendbarkeit der Firmen dem bürgerlichen und bezw. dem Prozessrecht anheimgestellt hat. Eine entsprechende Bestimmung für das gemeine Recht wird sich schwerlich nachweisen lassen. Das neue Handelsgesetzbuch hat die Bestimmung des Art. 275 beseitigt, sodass nach neuem Rechte Verträge über unbewegliche Sachen Handelsgeschäfte sein können. Es ist daher nicht zu bezweifeln, dass künftig ein Einzelkaufmann unter seiner Firma Grundstücke erwerben kann. Ist für eine Firma ein Grundstück im Grundbuch eingetragen, so ist derjenige der Eigentümer, welcher zur Zeit der Umschreibung des Grundbuchblattes auf die Firma der Firmeninhaber war. Wird dann das Handelsgeschäft auf einen Anderen übertragen, so ist jedenfalls zum Eigentumserwerb an dem für die Firma eingetragenen Grundstücke die Auflassung und erneute Eintragung im Grundbuch erforderlich, auch dann, wenn gemäss § 22 die Firma nicht geändert wird, da sich eben für alle Fälle, in denen das Gesetz nicht ein Anderes vorschreibt, der Eigentumsübergang an Grundstücken nur durch Auflassung und Eintragung im Grundbuche vollzieht, ein Wechsel des Firmeninhabers aber stets einen Wechsel im Eigentum mit sich bringt.

II. Für den Fall, dass ein Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft ein Grundstück in die Gesellschaft einbringt, ist man für das gemeine Recht darüber einverstanden, dass zum Eigentumserwerb an diesem Grundstücke nicht der Gesellschaftvertrag bezw. die Eintragung im Handelsregister oder die Eintragung des Grundstücks im Inventar der Gesellschaft genügt. Wäre freilich im einzelnen Falle die offene Handelsgesellschaft als „societas omnium bonorum“ anzusehen, so würden die Sachen der Gesellschafter unmittelbar mit dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages gemeinsam, l. 1 § 1, l. 2 D. pro socio 17, 2. § 706 Abs. 2 des bürgerlichen Gesetzbuchs, welcher nach § 105 Abs. 2 des neuen Handelsgesetzbuches auch für die offene Handelsgesellschaft gilt, bestimmt: „Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Das Gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren

Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloss für die Gewinnverteilung bestimmt ist.“ Die Denkschrift zum Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuches (S. 127) bezeichnet diesen § 706 Abs. 2 als eine Wiedergabe des Art. 91 Abs. 1 des alten Handelsgesetzbuches in verbesserter Form; denn während das Handelsgesetzbuch an die Thatsache des Einbringens den Eigentumsübergang knüpfe, beschränke sich das bürgerliche Gesetzbuch auf eine Auslegungsregel über die Bedeutung des Versprechens, einen Gegenstand einzubringen. Dadurch trete jetzt klarer hervor, dass es, um den Gegenstand selbst gemeinschaftlich zu machen, immer noch desjenigen Übertragungsaktes bedarf, welcher nach der Natur des Gegenstandes zur Rechtsübertragung erforderlich ist, dass also bei beweglichen Sachen die Übergabe, bei Grundstücken die Auflassung stattfinden muss.

III. Dagegen kann der Fall, dass sich mehrere Eigentümer eines Grundstücks, welche als Miteigentümer desselben nach ideellen Anteilen im Grundbuch eingetragen sind, zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigen und in dem Gesellschaftsvertrage das Grundstück für Gesellschaftsvermögen erklären, auch noch nach dem künftigen Recht als nicht ganz zweifelfrei erscheinen. Wie das Reichsgericht in dem Erkenntnis vom 14. Oktober 1898 (bei GRUCHOT, Bd. 43 S. 198) ausführt, hängt die Entscheidung der Frage davon ab, in welcher Weise das Eigentum am Gesellschaftsvermögen der offenen Handelsgesellschaft rechtlich aufzufassen ist, ob es der Gesellschaft als einer juristischen Person, ob es den einzelnen Gesellschaftern nur zu ideellen Teilen, oder ob es den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit zusteht, sodass das Recht der Mitglieder nicht eine Mitberechtigung nach Quoten, sondern ein der gesamten Hand des älteren deutschen Rechts nahestehendes Gesamtrecht darstellt. Die Theorie von der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ist neuerdings sehr energisch von ECCIUS (bei GOLDSCHMIDT, Bd. 32 S. 1 ff.) vertreten worden. Darüber ist kein Zweifel, dass dann, wenn sie richtig wäre, die Auflassung erforderlich wäre, da ja dann der Übergang des Eigentums auf ein neues Rechtssubjekt ganz ausser Frage stände. Von dieser Auffassung, dass die Gesellschaft den einzelnen Gesellschaftern als eine dritte Person gegenüber steht, geht auch TURNAU (Bd. 2 S. 200) aus und fordert demgemäss die Auflassung. Das frühere Reichsoberhandels-

gericht sprach dagegen in zahlreichen Erkenntnissen (Entsch. Bd. 9 S. 17, Bd. 12 S. 261, Bd. 25 S. 126 u. a.) sehr bestimmt die Ansicht aus, dass das Gesellschaftsvermögen als eine den Gesellschaftern gehörende, allerdings von ihrem sonstigen Vermögen gesonderte Vermögenseinheit, in diesem Sinne als ein juristisches Ganze anzusehen sei, erklärte sich aber ausdrücklich gegen die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft. Das Reichsgericht hat diesen Standpunkt für den richtigen erklärt (Entsch. Bd. 3 S. 57, Bd. 16 S. 2 u. a.). In der Praxis wird die von ECCIUS verteidigte Auffassung nicht mehr vertreten. Für die Theorie hält GOLDSCHMIDT neuerdings (S. 14) den Kampf gegen die „ganz schablonenhafte, äusserliche Auffassung der französischen Doktrin, welche alle Handelsgesellschaften als juristische Personen betrachtet", im Wesentlichen für entschieden, und mit Recht weist STAUB (zu Art. 85) darauf hin, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes die Gesellschafter das Handelsgewerbe betreiben. Es werde aber allgemein anerkannt, dass derjenige das Gewerbe betreibe, in dessen Namen die Geschäfte abgeschlossen würden, der Rechte und Pflichten aus dem Geschäfte überkomme. Mithin seien es die Gesellschafter, die die Rechte und Pflichten aus den von der Gesellschaft abgeschlossenen Geschäften überkämen, nicht ein neben ihnen bestehendes oder gedachtes Rechtssubjekt. „Die Theorie von der Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft wird immer", bemerkt ADLER (S. 85) „an dem Umstande scheitern, dass hinter der geträumten juristischen Person in greifbarer Nähe die Personen der Gesellschafter als die wahren Zwecksubjekte des Vermögens und der gesamten Lebensthätigkeit der Gesellschaft erscheinen." Von dem richtigen Standpunkt aus erhebt sich aber die Frage, in welcher Weise den Gesellschaftern das Gesellschaftsvermögen zusteht, ob als Miteigentümern zu ideellen Teilen oder als „Gesamthändlern". Während das frühere Reichsoberhandelsgericht (Entsch. Bd. 15 S. 153) „Miteigentum" der Gesellschafter an der Gesellschaftsforderung annahm, hat neuerdings das Reichsgericht sich in verschiedenen Entscheidungen für die Auffassung erklärt, dass das Recht der Mitglieder ein der gesamten Hand des älteren deutschen Rechts nahestehendes Gesamtrecht darstellt (bei GRUCHOT, Bd. 43 S. 198 ff., Bd. 37 S. 1153 ff., Bd. 38 S. 1061 ff., vergl. auch Entsch. Bd. 9 S. 144, Bd. 11 S. 117, Bd. 25 S. 252, Bd. 30 S. 150). Die Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts ist in der Theorie mit besonderem

Nachdrucke von LABAND (bei GOLDSCHMIDT, Bd. 30 S. 469 ff., Bd. 31 S. 1 ff.) vertreten worden. Da sich im Falle ihrer Richtigkeit für den vorliegenden Fall weder ein Wechsel im Eigentum noch in den Anteilen der Miteigentümer ergeben würde, so könnte natürlich von einer Auflassung an die Gesellschaft keine Rede sein. Allein diese Auffassung ist jedenfalls verfehlt. Wie BEHREND (S. 470) hervorhebt, ist unter dem „Anteil am Gesellschaftsvermögen", den das Gesetz dem Gesellschafter mehrfach zuschreibt, der Betrag des Guthabens zu verstehen, den das Kapitalkonto des Gesellschafters aufweist. „Nimmt man den Anteil am Gesellschaftsvermögen im Sinne eines Anspruchs, so enthält derselbe das Recht auf Gutschrift und Auszahlung der dem Gesellschafter zustehenden Zinsen und Gewinnanteile, sowie auf dasjenige, was derselbe bei Auflösung der Gesellschaft oder bei seinem Austritte zu verlangen hat." Dass es sich dabei niemals um Quoten des Gesellschaftsvermögens handelt, liegt auf der Hand. Das schon (Seite 19) erwähnte Erkenntnis des Reichsgerichts vom 14. Oktober 1898, (abgedruckt in SEUFFERTS Arch. Bd. 54), geht hierauf noch näher ein. „Da nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches", heisst es hier, „der einzelne Gesellschafter eine private Verfügungsmacht über die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens weder ganz noch teilweise hat, sie dem Zugriffe seiner Gläubiger entzogen sind, er weder während Bestehens der Gesellschaft, noch auch bei der Liquidation an denselben Rechte geltend machen kann, sondern ihm stets nur ein Anspruch auf eine dem Werte seines Anteiles am Gesellschaftsvermögen entsprechende Summe eingeräumt ist, somit die aus dem ideellen Miteigentum an sich folgenden Rechte ihm nicht zustehen, anderseits aber ihm innerhalb der Gesellschaftszwecke eine Verfügungsmacht über die Gegenstände im Ganzen zusteht, so wird eben der Begriff des römischrechtlichen Miteigentums den gesetzlichen Bestimmungen nicht gerecht, und ist daher eine eigenartige Rechtsbildung anzunehmen, die, da sie in ihren Rechtswirkungen am meisten dem Eigentum zur gesamten Hand, wie es im älteren deutschen Rechte sich entwickelt hat, nahe kommt, mit Recht an dieses angelehnt wird." Wenn es noch eines Beweises bedurfte, dass LABANDS Ansicht, wie sie nach diesen Darlegungen theoretisch unhaltbar, auch praktisch gar nicht durchführbar ist, so hat ihn STAUB (S. 167 fg.) geliefert, indem er an einem einfachen Beispiele zeigt, dass die von LABAND vorgeschlagene Art

und Weise der Berechnung der pars quota des einzelnen Gesellschafters, nach welcher man nur einen Rechnungsabschluss zu machen und auf Grund desselben einen Bruch zu schreiben brauche, dessen Zähler der Saldo des Kapitalkontos des Gesellschafters und dessen Nenner die Schlusssumme der Bilanz betrage, schon in ganz einfachen Fällen zu ganz unmöglichen Ergebnissen führt, nämlich vor allem dann ganz und gar unbrauchbar ist, wenn ausser einem Aktiv-Saldo auch noch glatte Konten und Passiv-Salden vorhanden sind. Ist hiernach dem Reichsgericht in der Auffassung der Natur des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft zuzustimmen, so erscheint doch der Schluss, dass für die Annahme eines Kaufvertrages im vorliegenden Falle kein Raum sei, die Sachen vielmehr nur eine Bestimmung erhalten, welche sie zu Gegenständen der dem Gesellschaftsvertrage entsprechenden Rechte der einzelnen Gesellschafter macht, wie das Reichsgericht in dem Erkenntnis vom 23. Oktober 1893 (bei GRUCHOT, Bd. 38. S. 1061 ff.) ausführt, nicht ganz zweifelfrei. Eine beachtenswerte Entscheidung des Appellationsgerichts Naumburg vom 29. Oktober 1875 (bei GRUCHOT, Bd. 20 S. 240 fg.) geht davon aus, dass das Vermögen der Gesellschaft, obgleich diese nicht als juristische Person angesehen werden kann, doch von dem Privatvermögen der Gesellschafter in sehr vielen Beziehungen vollständig getrennt ist und rechtlich als ein abgeschlossener Vermögenskomplex behandelt wird. Diese Selbständigkeit des Vermögens der offenen Handelsgesellschaft, auf welche schon 1870 REGELSBERGER (bei GOLDSCHMIDT, Bd. 14 S. 24) aufmerksam gemacht hatte, wird heutzutage nicht leicht bestritten. Geht man aber hiervon aus, so muss man zugeben, dass in dem Einbringen in das Gesellschaftsvermögen immer eine Art Alienation enthalten ist, da sich ja der Eigentümer seines Eigentumes zu dem Zweck begiebt, die Disposition über dasselbe zu Gesellschaftszwecken jedem Vertreter der Gesellschaft zu ermöglichen. Das Appellationsgericht Naumburg schliesst hieraus mit Recht, dass in der Erklärung der Miteigentümer des Grundstücks eine freiwillige Veräusserung nach § 1 des Gesetzes über den Eigentumserwerb liegt, mithin die Auflassung zur Umschreibung auf den Namen der Gesellschaft im Grundbuch erforderlich ist. Hiernach scheint es gerechtfertigt, mit TURNAU (Bd. II S. 200), wenn auch aus einem anderen Grunde, für den in Rede stehenden Fall für das geltende Recht die Auflassung zu verlangen. Auch WILLENBÜCHER

müsste von seinem Standpunkte aus im vorliegenden Fall die Auflassung verlangen, da er nur dann keine Auflassung für notwendig hält, wenn weder ein Wechsel des Eigentümers, noch eine Veränderung der Anteile der Eigentümer stattfindet.

Über den Standpunkt des neuen H.-G.-Buchs äussert die Denkschrift (Seite 127) sich folgendermassen: „Die Frage, ob die offene Handelsgesellschaft mit Rücksicht auf die Selbständigkeit ihres Vermögens und die Führung einer eigenen Firma als juristische Person aufzufassen sei, wird in Wissenschaft und Rechtsprechung jetzt allgemein verneint. Künftig wird um so weniger Veranlassung zur Annahme der juristischen Persönlichkeit vorliegen, als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Gesetzbuches eine rechtliche Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter gleichfalls anerkannt ist und zwar unter Verwertung eines Rechtsgedankens, der im Allgemeinen auch zur Erklärung der Eigentümlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft ausreicht. Ein Bedürfnis nach einer ausdrücklichen Entscheidung der Frage im Gesetze besteht daher nicht.“ Dass der hier erwähnte Rechtsgedanke derjenige der Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand ist, hebt die Denkschrift zum Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches (S. 130) ausdrücklich hervor. Er entspreche dem Zweck und dem inneren Verhältnisse der Gesellschaft wie auch der regelmässigen Absicht der Parteien mehr, als die römisch-rechtliche Regelung, nach welcher ein wirkliches Gesellschaftsvermögen gar nicht vorhanden sei, vielmehr die Vermögensgegenstände, die infolge des Vertrages oder infolge gemeinsamen Erwerbes den Gesellschaftern gemeinschaftlich geworden seien, den Einzelnen zu bestimmten Anteilen zukämen, über die wieder jeder einzelne Gesellschafter für sich verfügen könne, und die der Zwangsvollstreckung durch die Gläubiger des Einzelnen unterlägen. Der Grundsatz der gesamten Hand dagegen gewähre insbesondere gegen die Gefahr Schutz, dass durch Verfügungen einzelner Gesellschafter oder ihrer Gläubiger das Gesellschaftsvermögen seiner Bestimmung beliebig entzogen und damit die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes vereitelt werde. Die Frage, ob in dem Falle, dass zwei eingetragene Miteigentümer eines Grundstücks eine offene Handelsgesellschaft bilden und im Gesellschaftsvertrage das Grundstück für Gesellschaftsvermögen erklären, die Auflassung zur Umschreibung auf den Namen der Gesellschaft im Grundbuch erforderlich sei, ist

mithin im Sinne des bisherigen Rechtes zu entscheiden, da im künftigen Rechte die Rechtsverhältnisse dieselben bleiben. Nach BÖHM (S. 94) freilich soll es in diesem Falle genügen, wenn in Gemässheit des § 48 der Reichsgrundbuchordnung vermerkt wird, dass die Eingetragenen nicht mehr Miteigentümer zu Bruchteilen, sondern Gesellschafter sind. Denn wenn auch zwischen dem Gesellschaftsvermögen und dem der einzelnen Gesellschafter geschieden werde, und wenn auch der einzelne Gesellschafter kein Verfügungsrecht über die zur Gesellschaft gehörenden Grundstücke habe, so stehe ihm doch nach § 719 des bürgerlichen Gesetzbuchs ein Anteil an den einzelnen zur Gesellschaft gehörenden Gegenständen zu. Es trete also im gedachten Falle nicht ein Wechsel im Eigentum, sondern nur eine Beschränkung der Verfügungsgewalt ein. Das Letztere ist nicht ganz richtig. Nicht eine Beschränkung der Verfügungsgewalt schlechthin, sondern eine völlige Aufgabe der Verfügungsgewalt des Einzelnen, welcher jetzt nur noch als Glied der Gesamtheit verfügen kann, tritt in dem in Rede stehenden Fall ein, und dies ist auch der Grund, warum die Auflassung zu verlangen ist. § 48 der Reichsgrundbuchordnung schreibt vor: in dem Falle, dass ein Recht für Mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll, habe die Eintragung in der Weise zu erfolgen, dass entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft massgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Diese Vorschrift ist, wie BÖHM selbst (S. 439) hervorhebt, nur eine Ordnungsvorschrift, trifft also für das materielle Recht keine Entscheidung.

IV. Der Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, welcher bei Umwandlung derselben in eine Kommanditgesellschaft gleicher Firma Kommanditist der neuen Gesellschaft geworden war, wurde während eines Konkurses, in den die Kommanditgesellschaft bald darauf fiel, aus einer von der offenen Handelsgesellschaft eingegangenen Verbindlichkeit belangt. Die Zulässigkeit seiner Einrede, dass die Kommanditgesellschaft in einen noch schwebenden Konkurs verfallen sei, wurde vom Reichsgericht in dem Erkenntnis vom 13. November 1893 (Entsch. Bd. 32 S. 47) mit der Begründung verneint, dass die spätere Kommanditgesellschaft nicht für identisch mit der offenen Handelsgesellschaft gelten könne, aus der sie im wirtschaftlichen Sinne entstanden sein möge; denn das Handelsgesetzbuch kenne den Begriff der Umwandlung der einen Art von Gesellschaft in die andere

nicht. Im Rechtssinne sei in dem betreffenden Falle die offene Handelsgesellschaft aufgelöst und die Kommanditgesellschaft gleicher Firma neu entstanden. Im Gegensatze hierzu behauptet COSACK (S. 571), die Änderung der offenen Gesellschaft könne soweit gehen, dass sich ihr Rechtscharakter gänzlich verwandele; so könne die offene Gesellschaft z. B. durch Aufnahme eines Kommanditisten zur Kommanditgesellschaft werden. Einen Nachweis für diese Sätze hat COSACK nicht erbracht; es ist vielmehr bei dem Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung über die Zulässigkeit der Umwandlung einer offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft für das geltende Recht mit dem Reichsgericht anzunehmen, dass eine solche Umwandlung nur durch Auflösung der offenen Handelsgesellschaft und Neugründung der Kommanditgesellschaft zu erreichen ist. Dagegen ist in dem neuen Handelsgesetzbuch, wie die Denkschrift (S. 142) ausführt, anerkannt, dass sich eine offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft umwandeln kann, ohne rechtlich als eine neu errichtete Gesellschaft zu gelten. Nach § 162 Abs. 3 finden nämlich die Vorschriften der beiden ersten Absätze dieses Paragraphen über die Anmeldung der Gesellschaft und die Bekanntmachung der Eintragung im Falle des Eintrittes eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft und im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung. Ist ferner im Gesellschaftsvertrage einer offenen Handelsgesellschaft bestimmt, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll, so kann nach § 139 Abs. 1 jeder Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Tritt endlich ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, so findet nach § 176 Abs. 2 die Vorschrift des § 176 Abs. 1 Satz 1 über die Haftung eines Kommanditisten für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechende Anwendung. Die §§ 162, 176 reden von dem Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft, worunter nicht nur eine Kommanditgesellschaft, sondern auch eine offene Handelsgesellschaft verstanden werden soll. Ist somit die Umwandlung einer

offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft in der Weise, dass die Kommanditgesellschaft rechtlich nicht als neue Gesellschaft gilt, nach dem neuen Rechte zulässig, so fällt natürlich auch die Notwendigkeit einer besonderen Übertragung der Bestandteile des Gesellschaftsvermögens auf die neue Gesellschaft, beispielsweise die Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke, sowie der Ausschluss der früheren Gesellschaftsgläubiger von der Befriedigung aus dem nunmehrigen Gesellschaftsvermögen fort.

§ 5.

Die Fusion nach dem geltenden Recht.

Litteratur: Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Leipzig 1875; Ring, Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, Berlin 1886; Petersen und von Pechmann, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, vom 18. Juli 1884, Leipzig 1890; Schulze-Görlitz, Die Führung des Handels- und Muster-Registers, Berlin 1893; von Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Braunschweig 1877; Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl., Leipzig 1887; Keyssner, A. D. Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1878; Derselbe in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 24; Wiener, ebenda Bd. 27; Primker in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. I; Zimmermann im Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handelsrechts von Busch, Bd. 6; Küntzel in Johows Jahrbuch für endgiltige Entscheidungen der preussischen Appellationsgerichte, Bd. 5; Mathis, Die preussischen Grundbuchgesetze mit Anmerkungen, 2. Aufl., Berlin 1895; Schwartz, Das preussische Grundbuchrecht, Berlin, I. Bd. 1892, II. Bd. 1893; Das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen nach den Materialien und Benutzung der sämtlichen Vorarbeiten von Bornemann, Waldeck, Strohn und Bürgers nebst preussischem Einführungsgesetze vom 24. Juni 1861 etc., Berlin 1862; Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuches, Würzburg 1858; Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechts-Anwälte des Königlichen Ober-Tribunals, herausgegeben von den Ober-Tribunals-Rechts-Anwälten und redigiert von Theodor Striethorst, Berlin 1851—1880; Entscheidungen des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage, Berlin 1837—1879.

Das deutsche Handelsgesetzbuch zählt im Art. 242 drei Gründe der Auflösung einer Aktiengesellschaft auf; dann heisst es: „Wenn

die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus anderen Gründen erfolgt, so finden die Bestimmungen dieses (II.) Abschnittes ebenfalls Anwendung.“ Es giebt also noch andere Auflösungsgründe, als die aufgezählten. Ausdrücklich erwähnt wird im Gesetz allerdings nur einer, nämlich der Fall der Fusion zweier Aktiengesellschaften.

Wenn es im Gesetze heisst, eine Aktiengesellschaft wird durch Vereinigung mit einer anderen „aufgelöst“, so ist es zunächst erforderlich, die Bedeutung dieses Ausdruckes klarzustellen. Die Auflösung der Gesellschaft in den in dem Art. 242 genannten Fällen hat nicht unmittelbar den Untergang der Gesellschaft zur Folge: Es folgt zunächst der Liquidationszustand; der Vorstand als gesetzlicher Liquidator, wenn nicht die Liquidation durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluss der Generalversammlung an andere Personen übertragen wird, hat das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft zu versilbern und nach Tilgung ihrer Schulden unter die Aktionäre nach Verhältnis ihrer Aktien zu verteilen. Die Auflösung beendigt also, wie sich das frühere Reichsoberhandelsgericht in dem Erkenntnisse vom 18. Januar 1876 (Entsch. Bd. 19 S. 163) ausdrückt, nur die produktive Seite der Gesellschaft, während dieselbe bis zur Beendigung der Liquidation als in ihrer Organisation verbleibend behandelt werden muss, soweit dies für die Zwecke der Liquidation erforderlich und mit denselben vereinbar ist. Gerade das Gegenteil ist der Fall, wenn eine Gesellschaft durch Vereinigung mit einer anderen aufgelöst werden soll. Hier wird nicht die Übertragung des Vermögens beabsichtigt, welches nach Tilgung der Schulden übrig bleibt, sondern das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft wird als Ganzes mit den Schulden gerade zu dem Zwecke übertragen, dass es in der früheren Weise produktiv weiter arbeiten kann. Eine Liquidation würde also dem Wesen der Fusion geradezu widersprechen. Anderseits besteht aber auch die aufzulösende Gesellschaft nach Vollziehung des Fusionsvertrages nicht mehr fort: Die Auflösung durch Fusion hat den thatsächlichen Untergang der aufzulösenden Gesellschaft unmittelbar zur Folge.

Die Vereinbarung der beiden Gesellschaften geht dahin, dass die aufzulösende sich verpflichtet, ihr Vermögen als Ganzes der aufnehmenden zu übertragen und sich mit der vollzogenen Übertragung aufzulösen, wogegen die aufnehmende Gesellschaft die Schulden der aufzulösenden übernimmt, deren Aktionären eine dem Werte des

übertragenen Vermögens etwa entsprechende Anzahl ihrer Aktien gewährt und sie damit zu ihren Mitgliedern macht. Auf beiden Seiten setzt der Abschluss dieses Vertrages Generalversammlungsbeschlüsse voraus, welche nach dem Gesetz einer qualifizierten Mehrheit bedürfen. Es ist also ganz unerlässlich, dass sich zunächst die Vorstände der beiden Gesellschaften über den demnächst abzuschliessenden Vertrag verständigen. Erst wenn sie durch die in Gemässheit dieser Verständigung rechtswirksam gefassten Beschlüsse zum Abschlusse des Vertrages legitimiert sind, kann von einem solchen mit rechtlicher Wirkung die Rede sein. Nach Art. 215 Abs. 3, 4 erfolgt der Beschluss der aufzulösenden Gesellschaft, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht weiter gehende Erfordernisse aufstellt, durch eine Mehrheit von drei Vierteilen des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals. SCHULZE-GÖRLITZ (S. 372) geht davon aus, dass dieser sog. „Fusionsbeschluss" zugleich eine Abänderung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages der sich auflösenden Gesellschaft enthält, und behauptet demgemäss, der Beschluss habe nach Art. 214 Abs. 2 keine rechtliche Wirkung, bevor derselbe bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen sei. Allein es ist nicht einzusehen, warum dieser Beschluss notwendig eine Statutenänderung enthalten soll; er ist vielmehr mit BEHREND (S. 939) einfach als qualifizierter Auflösungsbeschluss aufzufassen und bedarf als solcher zur rechtlichen Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister zweifellos nicht. Ähnlich sagt STAUB, dass der Fusionsbeschluss unter Umständen, aber nicht immer, eingetragen sein müsse, um giltig zu sein. Dem Fusionsbeschluss entsprechend fasst die aufnehmende Gesellschaft einen Beschluss über Erhöhung des Grundkapitals: Die Aktionäre der aufzulösenden Gesellschaft sollen in dem demnächst abzuschliessenden Vertrag Aktien der aufnehmenden Gesellschaft erhalten, als Äquivalent für das eingebrachte Vermögen ihrer Gesellschaft. Ein solcher Kapitalserhöhungsbeschluss bedarf ebenfalls einer Dreiviertelmehrheit; doch kann der Gesellschaftsvertrag auch andere, also auch leichtere, Bedingungen festsetzen. Dagegen ist der Beschluss jedenfalls in das Handelsregister einzutragen und hat vor der Eintragung keine rechtliche Wirkung. Überhaupt ist der Art. 215a, wie auf jeden Fall einer Erhöhung des Grundkapitals, so auch auf den Fall der Fusion anwendbar, in welchem aber natürlich der Erhöhungsbeschluss

den Mindestbetrag, zu welchem die neuen Aktien auszugeben sind, nicht bezeichnen kann. Sind diese beiden Beschlüsse mit rechtlicher Wirkung gefasst, so schliessen die Vorstände der beiden Gesellschaften den eigentlichen Fusionsvertrag. In Erfüllung dieses Vertrages überträgt die aufzulösende Gesellschaft ihr ganzes Vermögen, Aktiva und Passiva, an die aufnehmende Gesellschaft und meldet ihre Auflösung gemäss Art. 247 Z. 4 zur Eintragung in das Handelsregister an. Die aufnehmende Gesellschaft übernimmt sämtliche Schulden der übertragenden Gesellschaft, erhöht in der vereinbarten Weise ihr Grundkapital und nimmt die Aktionäre der aufgelössten Gesellschaft als ihre Mitglieder auf. Die Erhöhung des Grundkapitals geschieht in Gemässheit des Art. 215b, wobei freilich in diesem Falle von einer Zeichnung der neu auszugebenden Aktien keine Rede sein kann, da ja das von der Gegenseite für die Aktien Geleistete in dem übertragenen Vermögen besteht. Daher muss bei der Anmeldung der Erhöhung des Grundkapitals behufs der Eintragung in das Handelsregister dem Registerrichter erklärt werden, dass wegen der von der übertragenden Gesellschaft beschlossenen und mit der aufnehmenden vereinbarten Fusion die Zeichnung der neu auszugebenden Aktien unterbleibt. Es liegt in der Natur der Sache, dass der Auflösungsbeschluss und die stattgefundene Kapitalserhöhung gleichzeitig mit oder wenigstens unmittelbar nach der Übertragung des Vermögens an die aufnehmende Gesellschaft bei den Handelsgerichten der beiden Gesellschaften in das Handelsregister eingetragen werden, da sonst die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft in die unangenehme Lage kommen könnten, zeitweilig zu keiner der beiden Gesellschaften zu gehören, wenn nämlich, nachdem das Vermögen ihrer Gesellschaft ganz übertragen und die Auflösung in das Handelsregister eingetragen ist, die aufnehmende Gesellschaft die Durchführung der Erhöhung ihres Grundkapitals und die Ausgabe der jungen Aktien aus irgend einem Grunde hinausschieben sollte. Die preussische Justiz-Ministerial-Instruktion vom 12. Dezember 1881, betreffend die Führung des Handelsregisters, hat, hiervon ausgehend, angeordnet, dass mit Eintragung der Auflösung durch Vereinigung die registerliche Führung der aufgelösten Gesellschaft definitiv erledigt ist, gleichzeitig aber bei der aufnehmenden Gesellschaft die Vereinigung und der durch das eintretende Vermögen gebildete Grundkapitalsbetrag in das Register eingetragen und veröffentlicht werden.

Ganz anders, als hier geschieht, fasst BEHREND, nach dem Vorgange von RING, das ganze Verhältnis auf. Zwar spricht auch er von einem „Fusionsvertrage, d. h. der auf Vereinigung gerichteten Willensübereinstimmung". Allein er hält es für ganz überflüssig, dass die Kontrahenten des Vertrages sich diese Willensübereinstimmung gegenseitig erklären. „Die Beschlüsse müssen einander entsprechen, sie müssen die Modalitäten der Vereinigung, insbesondere den Betrag der Aktien, die den Aktionären der sich auflösenden Gesellschaft von der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren sind, gleichmässig festsetzen." „Wenn . . . . von beiden Gesellschaften ein rechtsgiltiger Fusionsbeschluss gefasst ist, so ist damit der beiderseitige Gesellschaftswille erklärt, und es ist nunmehr für den Abschluss eines Vertrages kein Raum mehr vorhanden." Hier wird, falls der Fusionsvertrag überhaupt als ein wirklicher Vertrag aufgefasst wird, das Wesen der Verträge verkannt; denn daran ist trotz des Widerspruches von WINDSCHEID (Bd. 2 § 309 Z. 3) grundsätzlich festzuhalten, dass ein Vertrag nicht schon dadurch zustande kommt, dass zwei Personen ihre Willensübereinstimmung irgend jemandem gegenüber erklären, sondern dass in erster Linie diese Erklärung von den Kontrahenten einander gegenüber abgegeben werden muss, um verpflichtende Kraft zu haben. Will aber BEHREND von der Notwendigkeit eines Vertrages in diesem Sinne ganz absehen, so ist schwer begreiflich, wie man sich ohne einen solchen die „Übertragung" des gesamten Vermögens der einen Gesellschaft an die andere denken soll.

Wenn bisher nur von dem Falle die Rede gewesen ist, dass eine Aktiengesellschaft durch Übertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Aktiengesellschaft aufgelöst wird, so soll damit nicht gesagt sein, dass eine Fusion nicht auch in der Weise möglich wäre, dass zwei Aktiengesellschaften sich zu einer neuen vereinigen, indem sie ihre Vermögen an diese übertragen und ihre Aktionäre Mitglieder der neuen Gesellschaft werden. Zwar fällt, wie ZIMMERMANN (bei BUSCH, Bd. 6 S. 228) mit Recht hervorhebt, dieser Fall nicht unter den Wortlaut des Gesetzes; allein es kann keinem Zweifel unterliegen, dass das Gesetz auf ihn analog anzuwenden ist, da es sich dem Wesen der Sache nach um ganz gleichartige Fälle handelt (A. A. BEHREND, S. 938, RING, S. 571).

Da die Gläubiger der sich auflösenden Gesellschaft die Fusion nicht hindern können, würde dieselbe für sie nicht selten grosse

Gefahren in sich bergen, wenn nämlich die aufnehmende Gesellschaft kein oder nur geringes Aktiv-Vermögen hat. Gegen die Gefahr, dass durch die Konfusion der beiden Vermögen das übertragene auch für die früheren Schulden des aufnehmenden verhaftet wird, soll Art. 247 die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft schützen. Hiernach ist vor allem das Vermögen der aufzulösenden, richtiger aufgelösten Gesellschaft durch den Vorstand der aufnehmenden Gesellschaft so lange getrennt zu verwalten, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist, und die Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften erst in dem Zeitpunkte zulässig, in welchem eine Verteilung des Vermögens einer aufgelösten Aktiengesellschaft unter die Aktionäre erfolgen darf. Das eingebrachte Vermögen steht also gewissermassen als ein Sondergut im Eigentum der aufnehmenden Gesellschaft. Tritt es auch grundsätzlich in alle rechtlichen Beziehungen des neuen Eigentümers ein, so ist es doch für die Zeit der getrennten Verwaltung dem Zugriffe der früheren Gläubiger seines jetzigen Eigentümers entzogen, was freilich von STAUB für das geltende Recht geleugnet wird. Es braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, dass die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft das Ausschliessungsrecht nur den bisherigen Gläubigern der aufnehmenden Gesellschaft gegenüber geltend machen können, da ja die ganze Massregel nur den Zweck hat, die Gläubiger der aufgelössten Gesellschaft gegen die durch die Fusion unmittelbar entstehenden Nachteile zu schützen. Ist daher das Vermögen in das Eigentum der aufnehmenden Gesellschaft einmal übergegangen, so arbeiten trotz der getrennten Verwaltung die beiden Vermögen doch nur noch zu einem Zwecke, wie sie auch nach Aussen als Einheit auftreten; wer von dieser Zeit an mit der vereinigten Gesellschaft kontrahiert, darf nicht den Einwand befürchten, ein Teil des Vermögens, auf dessen Vorhandensein hin er Kredit gab, sei den Gläubigern des früheren Eigentümers verfangen. Mit Recht fragt WIENER, ob denn in dem Falle, dass ein an sich insuffizientes Vermögen durch weiteren Geschäftsbetrieb und Kredit erst suffizient wurde, diese Suffizienz nur den früheren Gläubigern zugute kommen, der neue Kreditgeber aber das Nachsehen haben soll? Der durch die getrennte Vermögensverwaltung bezweckte Schutz der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft wird noch verstärkt durch die Bestimmung, dass die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der auf-

nehmenden Gesellschaft den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Verwaltung persönlich und solidarisch verantwortlich sind, die Mitglieder des Aufsichtsrates, soweit eine Vereinigung der Vermögen beider Gesellschaften mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten erfolgt ist.

Der Umstand, dass im Art. 247 von einer „Vereinigung“ der beiden Vermögen die Rede ist, hat zu der Ansicht geführt, dass erst in diesem Augenblicke der Eigentumsübergang stattzufinden habe, wie TURNAU (Bd. 2 S. 197 fg.), KEYSSNER (Handelsgesetzbuch, S. 237) und PRIMKER (bei ENDEMANN, S. 666) behaupten. In seiner Besprechung der Grundbuchordnung von TURNAU (bei GOLDSCHMIDT, Bd. 24 S. 605) sieht KEYSSNER in den verschiedenen Ansichten rücksichtlich der übergehenden Gesellschaft bei der Fusion einen Beweis, wie „wenig klar“ der Art. 247 sei. Er möchte aus der Bezeichnung der übergehenden Gesellschaft als „aufgelöster Gesellschaft“ (in Nro. 5) den richtigen Schluss ziehen, dass die aufnehmende Gesellschaft bereits Eigentümerin des Vermögens der „aufzulösenden“ Gesellschaft geworden sei und dass dieses Vermögen nur nach Nr. 2 im Interesse der Gesellschaftsgläubiger eine getrennte Verwaltung zu erhalten habe, besonders da nach Nr. 4 die Auflösung auch bereits zum Handelsregister angemeldet sei. Allein die Erwägung, dass trotz der getrennten Vermögensverwaltung ein Absonderungsrecht schwerlich zu begründen sein dürfte, falls die aufnehmende Gesellschaft in Konkurs verfiele, führt ihn in Verbindung mit dem Schlusssatze des Art. 247 Nr. 5, welcher von dem Vermögen der „beiden Gesellschaften“ spricht, zu der Auffassung, dass die übergehende oder sich auflösende Aktiengesellschaft fortbestehen soll, bis dem Art. 245 gemäss verfahren ist, wie das unbestrittenermassen bei einer Aktiengesellschaft in Liquidation der Fall sei. Während aber Art. 247 Nr. 5 unter den Vermögen der „beiden Gesellschaften“ offenbar nur die getrennter Verwaltung unterliegenden, verschiedenen Vermögensmassen desselben Eigentümers versteht, trifft der erste Einwand nicht zu, da in der That trotz des Widerspruches von STAUB und RENAUD mit BEHREND und der Mehrheit der Schriftsteller ein solches Absonderungsrecht bereits für das geltende Recht angenommen werden muss, wenn auch zuzugeben ist, dass es nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen ist. In ähnlicher Weise führt KÜNTZEL (bei JOHOW, Bd. 5 S. 81 fg.) aus, dass nach den Nr. 4, 5 des Art. 247 die

Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften erst nach der Bekanntmachung der Eintragung des Auflösungsbeschlusses und nach der infolge der Auflösung herbeizuführenden Befriedigung der Gläubiger erfolgen darf, bis dahin also das Rechtssubjekt, welches Eigentümer des an die andere Gesellschaft zu übertragenden Vermögens ist, auch im Falle der Fusion als fortbestehend gedacht sein muss. Aus diesem Gesichtspunkt verwirft er die vom preussischen Kammergericht in der Verfügung vom 9. Februar 1875 ausgesprochene Ansicht, dass, da mit der erfolgten Löschung der Gesellschafts-Firma im Handelsregister die Gesellschaft ihre Existenz als Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten verloren hat, auch die von ihr dem Vorstande erteilte Vollmacht zur Auflassung von Gesellschaftsgrundstücken als erloschen angesehen werden muss. Dagegen geht TURNAU (a. a. O.) mit dem Kammergerichte davon aus, dass in der That die Vollmacht des Vorstandes der aufgelösten Gesellschaft mit der Löschung der Firma der letzteren im Handelsregister erloschen ist, und empfiehlt den Ausweg, dass dort, wo es sich um Auflassung von Gesellschaftsgrundstücken handelt, der Vorstand der erwerbenden Gesellschaft als Vertreter des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft die Eintragung der Erwerberin als Eigentümerin bewilligt und als Vertreter der Erwerberin beantragt. Hält man jedoch daran fest, dass, wie das Gesetz sagt, die Auflösung der übertragenden Gesellschaft eben durch Übertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden auf die aufnehmende Gesellschaft erfolgt und erstere mit vollzogener Übertragung und Eintragung der Auflösung nicht nur „aufgelöst“, sondern thatsächlich untergegangen ist, so folgt mit Notwendigkeit, dass die übernehmende Gesellschaft schon durch die Erfüllung des Fusionsvertrages Eigentümerin des übertragenen Vermögens wird, also von einer etwaigen späteren Eigentumsübertragung gar keine Rede sein kann.

Es entsteht nunmehr die ausserordentlich bestrittene Frage, wie man sich den Übergang des Vermögens von der übertragenden an die aufnehmende Gesellschaft zu denken hat. Das Erkenntnis des Reichsgerichts vom 17. Oktober 1882 (Entsch. Bd. 9 S. 11 ff.) behandelt den Unterschied der Auflösung einer Aktiengesellschaft durch Vereinigung mit einer andern — Fusion — von der gewöhnlichen Auflösung durch Liquidation. Mit Recht wird hier gesagt, dass das Charakteristische, wodurch der Liquidationszustand im Falle

einer Fusion ausgeschlossen wird, darin liegt, dass das getrennt verwaltete Vermögen nicht einem blossen Liquidationszwecke zu dienen hat, sondern ungehindert produktiv weiter zu arbeiten in der Lage und auch bestimmt ist, sodass die Abstossung der vor der Fusion bestandenen Schulden allmählich, wie es während eines bestehenden Geschäftsbetriebes erfolgt, geschehen kann. Auch ist nicht zu bezweifeln, dass die registermässige Existenz der sich auflösenden Gesellschaft mit Eintragung des Fusionsbeschlusses (bei oder unmittelbar nach Vollziehung des Fusionsvertrages) vollständig erlischt, während gleichzeitig die Thatsache der Vereinigung bei der aufnehmenden Gesellschaft eingetragen wird. Gerade so unzweifelhaft ist es auch, dass wegen der Schulden des aufgenommenen Gesellschaftsvermögens von jetzt ab die aufnehmende Gesellschaft zu belangen ist. Zwar kennt das Handelsgesetzbuch eine ausdrückliche dahingehende Vorschrift nicht, und behauptet auch KEYSSNER (Handelsgesetzbuch, S. 237), es hänge von dem Fusionsbeschlusse und dessen Kundbarmachung ab, ob die Gläubiger auch Ansprüche an die aufnehmende Gesellschaft erhalten. Allein WIENER hat mit Recht darauf hingewiesen, dass die Bestimmung, nach welcher der bisherige Gerichtsstand der aufgelösten Gesellschaft für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung bestehen bleibt, gar keinen Sinn hätte, wenn der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen wäre, dass die aufnehmende Gesellschaft mit vollzogener Fusion für die Schulden der aufgelösten verhaftet wird: Es soll eben deren Gläubigern durch die Fusion die Rechtsverfolgung nicht erschwert werden. Es erscheint jedoch bedenklich, diesen Rechtssatz aus einem Prinzipe herzuleiten, welches weder im Gesetze angedeutet ist, noch auch mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinigt werden kann. Nach dem Vorgange von WIENER nimmt das Reichsgericht an, dass der Art. 247 die Bedeutung hat, dass eine Nachfolge der aufnehmenden Gesellschaft in das Vermögen der sich auflösenden eintritt, dass das Gesetz das durch die Fusion begründete Verhältnis bei Aufrechterhaltung getrennter Verwaltung als das einer Fortsetzung der alten Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Gesellschaft durch die neue Gesellschaft, soweit es sich um die Gläubiger der ersteren handelt, auffasst, kurz, dass, wie WIENER sich ausdrückt, die bisherige Person der aufgelösten Gesellschaft durch Universalsuccession der aufnehmenden Gesellschaft in ihr Vermögen erledigt wird. Mit der Erfüllung des Fusionsvertrages bezw. der entsprechenden

Eintragungen beim Handelsregister ist die aufzulösende Gesellschaft völlig verschwunden. Eine Liquidation ihres Vermögens findet nicht statt. Die Gläubiger haben also zunächst niemanden, an den sie sich halten könnten. Um ihnen zu helfen, legt man dem Gesetzgeber die Idee unter, er wolle das Verhältnis so aufgefasst wissen, wie beim Tode einer physischen Person: Die aufnehmende Gesellschaft tritt gleichsam wie eine Erbin in die Vermögensstellung der aufgelösten Gesellschaft ein. Sehr deutlich hat das Reichsgericht in dem Erkenntnisse vom 9. Januar 1892 dieser Auffassung der Sache Ausdruck verliehen, indem es sagt: „Das berechtigte und verpflichtete Rechtssubjekt ist fortan (nach der Fusion) allein die durch die Fusion erweiterte oder neu entstandene Gesellschaft, auch ohne dass eine verpflichtende Erklärung derselben gegenüber den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft erfolgt ist, und der Grund hierfür ist der Untergang des bisher verpflichteten Subjektes.“ Es ist einigermassen auffallend, dass das Reichsgericht in diesen Entscheidungen, deren erste vom preussischen Kammergericht in dem Beschlusse vom 23. Juni 1890 geradezu als grundlegend für diese Materie behandelt wird, einen Fall der Universalsuccession hinstellt, der durch einen Vertrag unter Lebenden herbeigeführt wird, ohne dabei des Eigentümlichen, das in dieser Auffassung liegt, auch nur mit einem Worte zu gedenken. Bis dahin kannte das Rechtssystem zwei Arten von Successionen, Singularsuccession — Sondernachfolge — und Universalsuccession — Gesamtnachfolge. Bei der ersteren gehen die Vermögensobjekte über als Einzelheiten: Die körperlichen Sachen werden tradiert, die Forderungsrechte cediert, die Ordrepapiere indossiert, die Schulden ausdrücklich übernommen, sodass der Übernehmer neben dem Geber haftet. Bei der Universalsuccession dagegen giebt es keine besondere Form der Übertragung der einzelnen Sachen. Hier wird überhaupt nichts „übertragen“, sondern infolge einer Begebenheit, die regelmässig von dem Willen der Beteiligten unabhängig ist, geht das Vermögen als Ganzes über, ohne dass die Beteiligten irgend wie handelnd eingreifen. So brauchen auch die Schulden nicht übernommen werden, um den Erwerber zu verhaften, während anderseits der Rechtsvorgänger befreit ist. Das heutige Recht kennt als einzigen Fall der Universalsuccession prinzipiell nur diejenige, welche infolge des Todes einer physischen Person eintritt. Dass die Gesetzgebung im Widerspruche mit diesem System aus

praktischen Gründen andere Fälle schaffen kann, ist selbstverständlich. Bedenklich dagegen ist, dass die Praxis in einem solchen, wie dem vorliegenden, Falle die fehlende zweckmässige Gesetzesbestimmung in der Weise ergänzen zu können glaubt, dass sie einen der anerkanntesten Grundsätze des geltenden Rechts durchbricht, ohne eine genügende Stütze im Gesetze selbst zu finden.

Geht man von der Auffassung aus, dass die Fusion einen Vertrag zwischen zwei Aktiengesellschaften voraussetzt, so ist, wie oben gezeigt wurde, der einfache Inhalt dieses Vertrages der, dass die eine, die aufzulösende Gesellschaft ihr Vermögen einschliesslich ihrer Schulden, ihr Vermögen als Ganzes an die andere, aufnehmende Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren an ihre Aktionäre überträgt. Es liegt also ein Vertrag vor, in welchem ein ganzes Vermögen übertragen wird, und zwar sind die Kontrahenten dieses Vertrages, da es sich nur um Aktiengesellschaften handelt, juristische Personen. In dem Vertrage ist ausserdem bestimmt, dass die übertragende Gesellschaft mit der Erfüllung des Vertrages, nämlich „durch Übertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden“, aufgelöst wird. Diese letztere Bestimmung ist für die vorliegende Erörterung unwesentlich. Handelte es sich um einen Vertrag zwischen zwei juristischen Personen schlechthin, so wäre sie zweifellos erforderlich, um den Auflösungswillen der juristischen Person anzuzeigen. Der Fall ist wohl denkbar, dass eine juristische Person, beispielsweise ein „Verein“ oder eine „Gesellschaft“, welche zu einem litterarischen, politischen oder religiösen Zwecke gegründet und mit den Rechten einer juristischen Person ausgestattet ist, ihr Vermögen, Aktiven und Passiven, an ein ähnliches Unternehmen oder anderweitig ohne Entgelt überträgt, ohne damit auf ihre Rechtspersönlichkeit verzichten zu wollen, indem von vornherein dabei die Absicht vorliegt, nach längerer oder kürzerer Zeit mit neuen Mitteln weiter zu arbeiten. Warum sollte auch eine derartige Gesellschaft auf den Erwerb von ihr in der Zwischenzeit etwa anfallenden Vermächtnissen oder Schenkungen verzichten, welche doch gerade für sie in vielen Fällen eine Haupteinnahmequelle bilden? Jedenfalls erkennt die Theorie die Möglichkeit des Bestehens einer juristischen Person ohne Vermögen an, und es versteht sich keineswegs von selbst, dass dieselbe mit dem Wegfall ihres Vermögens sich auflöst. Da es sich aber im vorliegenden Fall um eine bestimmte Art von juristischen Personen, nämlich um

Aktiengesellschaften handelt, so ist allerdings die übertragende Gesellschaft, welche mit der Übertragung ihres gesamten Vermögens ihr vermögensrechtliches Substrat verloren hat, mit dieser Übertragung ihres Vermögens als aufgelöst zu betrachten; und zwar, wie oben gezeigt wurde, nicht nur als „aufgelöst“ im Sinne des Art. 242 des Handelsgesetzbuches, sondern als thatsächlich untergegangen. In diesem Sinne sagt das Erkenntnis des Reichsgerichts vom 17. Oktober 1882: „Die Rechtspersönlichkeit der in Betracht kommenden Schuldner beruht auf deren Vermögen.“

Die nächste Folge der Erfüllung des Fusionsvertrages ist also der Untergang, das völlige Verschwinden der übertragenden Gesellschaft. Davon, dass ihre Gläubiger sich noch an sie halten könnten, kann mithin gar keine Rede sein. Ebensowenig, wie ein toter Mensch wegen seiner Schulden in Anspruch genommen werden kann, ist dies bei einer untergegangenen juristischen Person der Fall. Bei dieser Gegenüberstellung der physischen und juristischen Person zeigt sich jedoch der Unterschied in den Rechtsfolgen, die sich an den Untergang beider knüpfen. Ein verstorbener Mensch ist seinen Gläubigern rechtlich doch nicht entronnen. Seine Rechtspersönlichkeit wird durch seinen Erben fortgesetzt, welcher für seine Schulden wie er selber haftet; also auch dann noch, wenn der Verstorbene unmittelbar vor seinem Tode sein gesamtes Vermögen unentgeltlich übertragen hat, wobei der Vertragskontrahent die Schulden persönlich übernahm. Anders ist es dagegen, wenn eine juristische Person vollständig aufgelöst wird, d. h. thatsächlich untergeht. Dann ist zunächst niemand da, der an die Stelle des weggefallenen Vermögenssubjektes tritt, da bei einer juristischen Person von einer Erbfolge keine Rede ist. Bei ihr giebt es eben keine Universalsuccession in dem Sinne, dass sie einen Rechtsnachfolger hätte, welcher ihre Rechtspersönlichkeit „repräsentierte“. Es entsteht mithin die Frage, wie die Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft gegen ein solches Verschwinden ihres Schuldners zu schützen sind. Das Reichsgericht hat diese Frage dahin beantwortet, dass in dem Falle der Fusion zweier Aktiengesellschaften es so angesehen werden soll, als sei eine physische Person gestorben. Die aufnehmende Gesellschaft setzt die Rechtspersönlichkeit der aufgelösten fort, wie der Erbe die des Erblassers. Es ist also weder von Übertragung der Aktiva, noch von Übernahme der Passiva die Rede, sondern im Augenblicke des

Wegfalls der aufzulösenden Gesellschaft tritt die aufnehmende an ihre Stelle. Es fragt sich, ob es zum Schutze der Gläubiger notwendig war, die Idee der Universalsuccession, welche das Gesetz nicht ausspricht, zu Hilfe zu rufen und den allgemeinen Rechtsgrundsatz zu durchbrechen, dass eine solche nach heutigem Rechte nur infolge des Todes einer physischen Person eintritt. Und diese Frage ist zu verneinen.

Da nach Art. 208 des Handelsgesetzbuches die Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft gilt, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht, so findet Art. 23 auf jede Aktiengesellschaft Anwendung. Das frühere preussische Ober-Tribunal hatte zu diesem Artikel angenommen, dass derjenige, welcher in ein bestehendes Handelsgeschäft, sei es eines Einzelnen, sei es einer Handelsgesellschaft, vergl. Art. 113, eintritt, sowie derjenige, welcher ein bestehendes Handelsgeschäft mit Ausscheidung des bisherigen Inhabers allein und ganz übernimmt und unter der alten Firma fortführt, hierdurch ohne Weiteres auch für die vorhandenen Schulden verhaftet wird, dergestalt, dass die Gläubiger des Handelsgeschäfts berechtigt sind, von dem neuen Erwerber ohne Weiteres Zahlung zu verlangen, gleichviel, was in dem zwischen dem Veräusserer und dem neuen Erwerber abgeschlossenen Vertrage in Betreff der Übernahme der Schulden etwa besonders stipuliert worden ist (STRIETHORST, Bd. 70 S. 352). Diese Ansicht wurde in den Gründen einer früheren Entscheidung desselben Gerichts (Entsch. Bd. 57 S. 349) darauf gestützt, dass das Handelsgeschäft, unter dessen Firma kontrahiert sei, gewissermassen der Schuldner sei, so dass es also wesentlich darauf ankam, dass die alte Firma fortgeführt wurde. Mit Recht ist diese Auffassung von dem früheren Reichsoberhandelsgericht in zahlreichen Entscheidungen (Bd. 1 S. 66, Bd. 2 S. 143, Bd. 8 S. 383, Bd. 12 S. 159, Bd. 16 S. 271 u. a.) verworfen, da sie in den gesetzlichen Bestimmungen keine genügende Grundlage findet. Das Reichsoberhandelsgericht betonte besonders die Notwendigkeit der allgemeinen Bekanntmachung der Übernahme, und zwar nicht nur des Geschäftes, sondern vor allem der Passiva, in welchem Falle es dann auch gar nicht darauf ankomme, ob die alte Firma beibehalten oder geändert werde. Diese Auffassung entsprach dem allgemeinen Grundsatz, dass im Falle der Schuldübernahme der Gläubiger erst dann ein Klagerecht gegen den Übernehmer erwirbt, wenn

dieser die Schulden ihm gegenüber übernommen hat. Von dieser Anschauung ausgehend hat das Reichsgericht in dem Erkenntnisse vom 9. Juli 1880 (Entsch. Bd. 2 S. 55) ausgeführt, dass der Erwerber eines bestehenden Handelsgeschäftes, welcher durch Vertrag mit dem bisherigen Inhaber oder dessen Erben unter Übernahme der vorhandenen Aktiven und Passiven in alle geschäftlichen Beziehungen des bisherigen Inhabers eintritt und nun das Geschäft unter Beibehaltung der früheren Firma fortsetzt, damit nach der Auffassung des kaufmännischen Verkehrs den bisherigen Gläubigern das Angebot macht, ihnen für ihre Forderungen an den früheren Inhaber des Geschäftes gerecht zu werden, ein Angebot, welches der ausdrücklichen Annahme dieser Gläubiger umsoweniger bedürfe, als es nur Rechte für sie begründe. Der Grundsatz, dass eine Bekanntmachung an die Gläubiger notwendig sei, wird hier nicht geleugnet; vielmehr will das Reichsgericht vom Standpunkte der Handelssitte und des praktischen Bedürfnisses sowie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Handelsverkehre der Fortführung des Geschäftes unter solchen Umständen dieselbe Wirkung beilegen, wie der öffentlichen handelsüblichen Bekanntmachung des Erwerbers von der Übernahme der Passiva. Hat jedoch der Erwerber die Übernahme der Passiva öffentlich bekannt gemacht, dann kommt es auch nach Ansicht des Reichsgerichts nicht mehr darauf an, ob die Firma beibehalten oder verändert wird (bei GRUCHOT, Bd. 37 S. 1150 ff.). Schon in einem Erkenntnisse des Reichsgerichts vom 9. Januar 1883 (Entsch. Bd. 8 S. 64) war mit Recht angenommen, dass die zur Verpflichtung des Übernehmers erforderliche Veröffentlichung der Passivenübernahme schon in einer zu den Handelsregisterakten mit dem Ersuchen um Veröffentlichung gemachten Mitteilung von der Übernahme der Passiva zu finden sei, weil bei der Öffentlichkeit des Handelsregisters jedermann befugt sei, von den Unterlagen und Belägen der Registereinträge ebenfalls Kenntnis zu nehmen. Diesen Standpunkt hat das Reichsgericht in der schon erwähnten Entscheidung vom 31. Mai 1893 mit derselben Begründung festgehalten. Da nun die Fusion auf der einen Seite eine Übertragung aller Aktiva, auf der andern Seite eine Übernahme der sämtlichen Passiva eines Vermögens in sich schliesst, so folgt, da mit der vorgeschriebenen Anmeldung des Kapitalserhöhungsbeschlusses bezw. der durchgeführten Kapitalserhöhung zum Handelsregister die ausdrückliche Erklärung der Fusion verbunden werden

muss, wie oben gezeigt wurde, dass zu den gesetzlichen Erfordernissen der Fusion eine Mitteilung von der Übernahme der Passiva zu den Handelsregisterakten gehört. Eine solche Mitteilung von der Übernahme der Passiva genügt aber nach dem oben entwickelten, vom Reichsgericht anerkannten Grundsatze, um den Übernehmer den Gläubigern des übertragenen Vermögens zu verhaften.

Eine andere Erwägung führt zu demselben Ergebnis.

DERNBURG (Pand. Bd. 2 S. 147) spricht ganz allgemein den Grundsatz aus: In dem Falle, dass die Schuldübernahme nur zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Übernehmer vereinbart wird, erwirbt der Gläubiger dann ein Forderungsrecht gegen den Übernehmer, trotzdem er nicht beim Abschlusse beteiligt war, noch auch zum Beitritt aufgefordert ist, wenn die Schuldübernahme Bestandteil eines Geschäftes ist, welches dem Schuldübernehmer die Werte verschafft, aus denen nach der Verkehrsauffassung die übernommene Schuld vorzugsweise zu tilgen ist, insbesondere wenn ihm ein Vermögen übertragen wird, zu welchem die übernommenen Verbindlichkeiten gehören. Die Praxis hat sich der Zweckmässigkeit dieser, einer fortgeschrittenen Rechtsauffassung entsprechenden Anschauung nicht verschlossen. Das Reichsgericht (Entsch. Bd. 17 S. 100) will es dahingestellt sein lassen, ob man so weit gehen dürfe, mit DERNBURG den vorstehenden Satz uneingeschränkt anzunehmen. Allein der Satz wird doch mit klaren Worten ausgesprochen, „dass (wenn auch nicht nach den Vorschriften des ursprünglichen römischen Rechtes, so doch nach dem gemeinen Recht, wie es sich durch die Vermittelung des römischen Rechtes und den Bedürfnissen des Verkehrs durch die Praxis der gemeinrechtlichen Judikatur und Doktrin entwickelt hat) die Gläubiger einer Person, welche durch Vertrag alle aktiven Bestandteile ihres Vermögens (mit alleiniger Ausnahme derjenigen, in welche eine Zwangsvollstreckung nicht stattfindet) einem Anderen gegen Übernahme aller Schulden des ersteren veräussert, aus diesem Vertrage, als solchem, gegen den Übernehmer ihre Forderungen an den Veräussernden zu verfolgen berechtigt werden“, da man annehmen müsse, dass der Vertragswille der Kontrahenten nur darauf gerichtet sein könne, den Gläubigern des Veräussernden die Rechtsstellung als unmittelbare Gläubiger des Übernehmers zu gewähren. Eine solche Übertragung eines ganzen Vermögens gegen Übernahme aller Schulden durch Vertrag liegt im Falle einer Fusion

zweier Aktiengesellschaften vor. Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft können sich hiernach wegen ihrer Forderungen an diese aus dem Fusionsvertrage als solchem an die aufnehmende Gesellschaft halten.

RENAUD, auf welchen sich das Erkenntnis des Reichsgerichts vom 9. Januar 1892 ausdrücklich bezieht, hält die Haftbarkeit der übernehmenden Gesellschaft im Falle der Fusion ohne Mitwirkung und Einwilligung der Gläubiger deshalb für möglich, weil es diesen ja ganz gleichgiltig sein könne, welche von beiden Gesellschaften Trägerin des Vermögens ist, um dessen Übertragung es sich handelt, vorausgesetzt nur, dass dasselbe ihnen als Exekutionsgegenstand unverkümmert erhalten und ihre prozessualische Lage durch einen solchen Wechsel nicht erschwert wird; denn es hafte ihnen ja eben vor wie nach dieses Vermögen. Aber von der Auffassung der Wirkung der Fusion als einer successio per universitatem ist bei RENAUD keine Rede. Im Gegenteil lässt die Klarheit und Bestimmtheit, mit welcher an anderer Stelle (S. 843) der Satz, „dass nur eine physische Person Erben haben kann, während es unstatthaft ist, ein der Erbfolge analoges Verhältnis beim Erlöschen juristischer Personen anzunehmen“, ohne jede Einschränkung ausgesprochen wird, keinen Zweifel darüber zu, dass RENAUD eine Universalsuccession auch im Falle der Fusion nicht annimmt. GIERKE (S. 876) sagt, die sozialrechtliche Succession des Fiskus in das Vermögen einer weggefallenen juristischen Person aus dem Titel der bona vacantia sei stets eine Gesamtnachfolge. Dass hierunter aber etwas ganz anderes verstanden wird, als der oben entwickelte Begriff der successio per universitatem, wie ihn das heutige Recht von den Römern übernommen hat, ergiebt sich klar daraus, dass bei dieser deutschrechtlichen Gesamtnachfolge in Ermangelung persönlicher Übernahme der Passiva oder einer ihm besonders auferlegten gesetzlichen Verpflichtung der Successor nicht persönlich, sondern nur mit der Verlassenschaft für die in ihr enthaltenen Verpflichtungen haftet, ein Satz, den GIERKE selbst als unbestritten bezeichnet. Vom deutschrechtlichen Standpunkt aus behauptet GIERKE (S. 891) freilich, dass der Rechtsnachfolger einer juristischen Person, so lange und so weit er als Träger eines durch die Nachwirkung ihrer subjektiven Einheit zusammengehaltenen Sondervermögens auftritt, auch in subjektiver Hinsicht die Stelle des weggefallenen Rechtssubjektes einzunehmen

berechtigt und verpflichtet sei, und sagt, dies habe das Reichsgericht in dem Erkenntnisse vom 17. Oktober 1882 mit der „nicht einwandfreien“ Wendung ausdrücken wollen, dass „das Gesetz, das durch die Fusion begründete Verhältnis bei Aufrechterhaltung getrennter Verwaltung als das einer Fortsetzung der alten Rechtspersönlichkeit der aufgelösten Gesellschaft durch die neue Gesellschaft, soweit es sich um die Gläubiger der ersteren handelt, auffasst“. Er stellt sich damit für diesen Fall auf den Standpunkt der successio per universitatem; denn dass das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung diese Auffassung vertritt, ergiebt sich wohl schon daraus, dass dieselbe auf den Ausführungen von WIENER (bes. SS. 370—374) beruht, der mit solcher Bestimmtheit den Gedanken der Universalsuccession ausspricht, dass das Reichsgericht seine abweichende Meinung sicher zum Ausdrucke gebracht hätte. Das preussische Kammergericht hat denn auch in einem Beschlusse vom 23. Juni 1890 (bei JOHOW, Bd. 11 S. 129 ff.) seine Ansicht dahin ausgesprochen, dass Doktrin und Rechtsprechung die in vieler Hinsicht zweifelhaften Bestimmungen über die Fusion zweier Aktiengesellschaften geklärt haben, indem es sich auf die erwähnten Ausführungen von WIENER und das Erkenntnis des Reichsgerichts vom 17. Oktober 1882 ausdrücklich bezieht und als deren Ergebnis die Behauptung WIENERS hinstellt: „Die bisherige Person der aufgelösten Gesellschaft wird durch Universalsuccession der aufnehmenden Gesellschaft in ihr Vermögen erledigt.“

Wie das Kammergericht, welches früher (bei JOHOW, Bd. 5 S. 81) nichts von einer Universalsuccession als Folge der Fusion wusste, so hat auch STAUB die früher (in seiner 1. Aufl.) vertretene entgegengesetzte Ansicht unter Berufung auf das Reichsgericht geändert, und zweifellos wird die Ansicht des Reichsgerichts augenblicklich von der Mehrheit der Schriftsteller vertreten. Dennoch kann sie für das geltende Recht für richtig nicht erachtet werden, da, wie oben gezeigt wurde, kein hinreichender Grund vorliegt, von dem Satze, dass eine juristische Person nicht beerbt werden kann, für den Fall der Fusion abzugehen. Wenn nach der neuerdings vom Kammergerichte vertretenen Auffassung nach der gesetzlichen Erläuterung der Fusion im Art. 215 des Handesgetzbuches unzweifelhaft in der Fusion der Übergang eines Rechte und Verbindlichkeiten umfassenden Gesamtvermögens liegt, so folgt daraus noch nicht, dass der Fall einer Universalsuccession im Sinne des gemeinen Rechts gegeben ist.

Denn beides ist eben trotz der entgegengesetzten Ansicht des Kammergerichts durchaus nicht dasselbe. Auch die Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches enthalten (SS. 314, 367—370) keine Andeutung, dass die Redaktoren von der durch WIENER vortretenen Auffassung ausgegangen wären. Vielmehr ist hier lediglich davon die Rede, dass es notwendig sei, die Interessen der Gläubiger der aufzulösenden Gesellschaft dadurch zu wahren, dass das Gesetz den Gerichtsstand dieser Gesellschaft für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung bestehen lässt. Es ist daher für das geltende Recht daran festzuhalten, dass zum Übergange des Eigentums an einem Grundstück, welches im Falle der Fusion zweier Aktiengesellschaften als Bestandteil des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft an die aufnehmende übertragen wird, Auflassung und Eintragung im Grundbuch erforderlich ist. In dem schon erwähnten Beschlusse vom 23. Juni 1890 giebt das Kammergericht sehr klar den Grund hierfür an: „Sicherlich ist nun hier (im Falle der Fusion) der Fall einer freiwilligen Veräusserung gegeben. Mittels freier Entschliessung haben die beteiligten Aktiengesellschaften einen Fusionsvertrag geschlossen, hat die eine derselben ihr Vermögen der anderen gegen Gewährung von Aktien der letzteren übertragen zu wollen erklärt, hat jene andere solche Übertragung angenommen.“ Wie das Kammergericht gleich darauf trotzdem die Frage, „ob in der That in denjenigen Rechtsgeschäften, welche zwischen den beteiligten Aktiengesellschaften geschlossen worden sind, die Veräusserung eines Grundstücks erblickt werden darf“, verneinen kann, bleibt trotz der Berufung auf das Reichsgericht und WIENER völlig unverständlich. TURNAU und MATHIS (S. 4) halten denn auch die Auflassung für erforderlich. ACHILLES sagt (S. 33 fg.): „Die Vereinigung (Fusion) zweier Aktiengesellschaften hat das frühere Kammergericht (JOHOW V. S. 81) als eine freiwillige Veräusserung im Sinne des § 1, das jetzige (Jahrb. XI S. 129) dagegen als eine Universalsuccession bezeichnet und daher die Auflassung zur Übertragung der Gesellschaftsgrundstücke für nicht nötig erklärt“, spricht also eine eigene Ansicht über die Notwendigkeit der Auflassung im Falle der Fusion nicht aus. Ebenso führt SCHWARTZ (Bd. 1 S. 287 fg.) nur den Inhalt der beiden erwähnten Entscheidungen des Kammergerichts an, ohne selbst dazu Stellung zu nehmen. Nach WILLENBÜCHER bedarf es der Auflassung in dem Falle, wenn bei Auflösung einer Aktien-

gesellschaft durch Vereinigung mit einer andern Aktiengesellschaft ein Grundstück an die vereinigte Gesellschaft übertragen wird, für welchen Fall sich WILLENBÜCHER auf JOHOW V, S. 81 bezieht, wo ausdrücklich von der Fusion zweier Aktiengesellschaften die Rede ist, während die Notwendigkeit der Auflassung fortfallen soll, wenn „weder ein Wechsel des Eigentümers, noch eine Veränderung der Anteile der Eigentümer vorliegt, also wenn eine Aktiengesellschaft mit einer andern vereinigt wird (Fusion).“ Worin der Unterschied des ersten und zweiten Falles der Fusion liegt und wie man sich eine Fusion denken soll, bei welcher weder ein Wechsel des Eigentümers, noch eine Veränderung der Anteile der Eigentümer vorliegt, hat WILLENBÜCHER nicht gesagt. Am auffallendsten ist jedoch die Behauptung WIENERS (ebenso RING S. 571 ff.), dass trotz der mit der Fusion eintretenden Universalsuccession eine Auflassung der zum Vermögen der übertragenden Gesellschaft gehörenden Grundstücke erfolgen soll. Der Widerspruch ist wohl nicht zu erklären, da WIENER bei seiner klaren Ausführung in der für den Fall der Fusion behaupteten Universalsuccession nichts anderes erblicken kann, als die gemeinrechtliche successio per universitatem. Anderseits ist es ausgeschlossen, dass er von einer falschen Auffassung des Wesens der Auflassung ausgeht; denn er behauptet nicht nur die Notwendigkeit der Auflassung, sondern hält überhaupt die Übertragung des Vermögens der aufzulösenden Gesellschaft zu Eigentum, als Erfüllung des Fusionsvertrages, für erforderlich, welche nach ihm vor der Eintragung der Auflösung oder gleichzeitig mit derselben stattzufinden hat. Er stimmt also im praktischen Ergebnisse mit der hier vertretenen Ansicht überein. Dagegen beruht auf einer Verkennung des Wesens der Auflassung die Ausführung PETERSENS und von PECHMANNS (S. 590), dass die Auflassung nicht bis zu dem Zeitpunkte verschoben zu werden brauche, in welchem die thatsächliche Vereinigung der beiden Vermögen stattfindet, da das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft sofort mit der Auflösung auf die aufnehmende Gesellschaft übergehe und daher die aufnehmende Gesellschaft im Augenblicke des Vermögensüberganges auch Eigentümerin der vorhandenen Grundstücke werde. Die Auflassung wird hier offenbar mit der Eintragung des Eigentumsüberganges im Grundbuche verwechselt.

§ 6.

Die Fusion nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 regelt im Gegensatze zum geltenden Rechte nicht nur die Fusion zweier Aktiengesellschaften als einzigen Fall der Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens, sondern es stellt in den §§ 303—307 für verschiedene Fälle einer solchen Übertragung des Vermögens als Ganzen Vorschriften auf. Als einer dieser Fälle wird in den §§ 305, 306 derjenige behandelt, wenn das Vermögen einer Aktiengesellschaft als Ganzes an eine andere Aktiengesellschaft oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft übertragen wird. In diesem Falle kann nach § 306 vereinbart werden, dass eine Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft nicht stattfinden soll. Ist dies vereinbart, so liegt der Fall der Fusion vor. Es ist daher nicht ganz entsprechend, wenn BEHREND (S. 942) sagt, der Entwurf (welcher hier mit dem Gesetz übereinstimmt) unterscheide zwei Fälle der Fusion: Eine Fusion im eigentlichen Sinne ist eben nur dann vorhanden, wenn thatsächlich die Liquidation des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft unterbleibt. Darin aber weicht das neue Recht vom geltenden ab, dasss es einen wahren Fusionsvertrag auch zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien für zulässig erklärt, und es ist mit BEHREND (S. 942 fg.) anzunehmen, dass das Gesetz auch die Fälle ergreift, in denen die übertragende Gesellschaft eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ist, bezw. sich zwei Kommanditgesellschaften auf Aktien vereinigen, da nach § 320 Abs. 3 für die Kommanditgesellschaften auf Aktien generaliter die Vorschriften des dritten Abschnittes über die Aktiengesellschaft gelten.

Der Beschluss auf Seiten der aufzulösenden Gesellschaft bedarf nach § 303 Abs. 1 einer Mehrheit, welche mindestens drei Vierteile des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasst; der Gesellschaftsvertrag kann noch andere Erfordernisse aufstellen. Der Vorstand hat den Beschluss der Generalversammlung zugleich mit der Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; der Beschluss hat keine Wirkung, bevor die Eintragung bei dem Gerichte, in dessen Bezirke sich der Sitz der Gesellschaft

befindet, stattgefunden hat, § 304 Abs. 3, 4. Wie oben gezeigt wurde, ist diese Bestimmung für das geltende Recht nicht allgemein zutreffend. Neu ist ferner die Vorschrift des § 304 Abs. 3, dass der Anmeldung der mit dem Übernehmer abgeschlossene Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen ist. Diese Bestimmung scheint auf den ersten Blick befremdend. Wenn zur Fusion auf Seiten der aufzulösenden Gesellschaft ein qualifizierter Generalversammlungsbeschluss erforderlich ist, so ist klar, dass dieser Beschluss vor dem mit dem Übernehmer abzuschliessenden eigentlichen Fusionsvertrage gefasst werden und rechtliche Wirkung erlangt haben muss, da ja eben andernfalls der Vertrag gar nicht rechtswirksam geschlossen werden kann. Der sog. „Fusionsbeschluss" bedarf aber zur rechtlichen Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister. Streng genommen könnte also erst nach erfolgter Eintragung dieses Beschlusses von einem mit dem Übernehmer abzuschliessenden Vertrage die Rede sein. Trotzdem verlangt das Gesetz, dass schon der Anmeldung des Beschlusses zum Handelsregister dieser Vertrag in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen ist. Das Verhältnis ist offenbar so aufzufassen, dass der Vertrag unter der Bedingung geschlossen wird, dass der zu fassende oder auch schon gefasste Generalversammlungsbeschluss durch Eintragung in das Handelsregister rechtliche Wirkung erlangt.

Wie nach bisherigem Rechte ist auf Seiten der aufnehmenden Gesellschaft sowohl der Beschluss über die Erhöhung des Grundkapitals, § 280, als auch die erfolgte Erhöhung des Grundkapitals, § 284, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, und zwar jetzt in beiden Fällen von sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates. Der Anmeldung der erfolgten Erhöhung des Grundkapitals zum Handelsregister ist der von der Generalversammlung der aufgelösten Gesellschaft genehmigte Vertrag über die Vermögensübertragung in Urschrift oder in öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen, § 305 Abs. 2, eine Vorschrift, welche dem bisherigen Rechte fremd war. Was schon für das geltende Recht anzunehmen war, auch ohne dass es vom Gesetze besonders bestimmt wurde, dass nämlich für die Erhöhung des Grundkapitals die Volleinzahlung des bisherigen Grundkapitals und die Zeichnung des erhöhten Grundkapitals im Falle der Fusion nicht erforderlich ist, wird im § 305 ausdrücklich hervorgehoben; dass ein gesetzliches Bezugsrecht auf die jungen Aktien nur die Aktionäre der aufgelösten

und nicht diejenigen der aufnehmenden Gesellschaft haben, ist selbstverständlich. Die Vorschriften über die getrennte Vermögensverwaltung und das Bestehenbleiben des bisherigen Gerichtsstandes der aufgelösten Gesellschaft bis zur Vereinigung der beiden Vermögen sind nicht neu. Dagegen fehlte im alten Handelsgesetzbuche die ausdrückliche Bestimmung des § 306 Abs. 4, nach welcher bis zur Vereinigung der beiden Gesellschaftsvermögen im Verhältnisse der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft zu der übernehmenden Gesellschaft und deren übrigen Gläubigern das übernommene Vermögen noch als Vermögen der aufgelösten Gesellschaft gilt, eine Vorschrift, welche freilich trotz des Widerspruches von STAUB auch schon für das geltende Recht anzunehmen war. Dass hingegen, wie die Denkschrift zum Entwurfe des neuen Handelsgesetzbuches, S. 169, will, die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft, insoweit es sich um Befriedigung aus dem getrennt verwalteten Vermögen der aufgelösten Gesellschaft handelt, den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft vorgehen, auch wenn deren Forderungen nach der Vereinigung entstanden sind, war aus den oben entwickelten Gründen für das bisherige Recht nicht anzunehmen. In der Denkschrift wird noch besonders hervorgehoben, dass über das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft ein besonderer Konkurs nach Massgabe des § 193 Abs. 2 der Konkursordnung eröffnet werden kann. Die Vereinigung der beiden Vermögen darf erst erfolgen, nachdem die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft von der andern Gesellschaft dreimal in den Gesellschaftsblättern zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert sind, und nur unter Beobachtung der für die Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre geltenden Vorschriften, also erst nach Ablauf des Sperrjahrs und nach Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft, §§ 306 Abs. 5, 297, 301. Die Vorschrift über die persönliche und solidarische Verantwortlichkeit der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates der übernehmenden Gesellschaft gegenüber den Gläubigern der aufgelösten Gesellschaft für die Ausführung der getrennten Verwaltung hat das neue Handelsgesetzbuch, § 306 Abs. 6, aus dem alten übernommen.

Die Frage endlich, welche hier vorzüglich interessiert, ob der Übergang des Vermögens auf dem Wege der Universal- oder Singular-Succession vor sich geht, hat das neue Handelsgesetzbuch im Sinne der vom Reichsgerichte vertretenen, für das geltende Recht nicht zutreffenden Auffassung entschieden. Nach § 304 Abs. 5 gilt mit

der Eintragung des Beschlusses der übertragenden Gesellschaft der Übergang des Vermögens der Gesellschaft einschliesslich der Schulden als erfolgt; die Firma der Gesellschaft erlischt. Jeder Zweifel, welchen die Ausdrucksweise dieser Bestimmung etwa noch übrig lassen könnte, wird durch die Denkschrift beseitigt, welche dazu bemerkt: „Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft geht durch Gesamtnachfolge auf die andere Gesellschaft über. Hierdurch finden die Zweifel und Meinungsverschiedenheiten ihre Erledigung, welche gegenwärtig in Betreff der Art, wie sich die Vereinigung vollzieht, bestehen."

§ 7.
Schluss.

Ein ganz besonderes Interesse gewinnt der Fall der Fusion des neuen Handelsgesetzbuches noch durch die Erwägung, dass die Fälle, welche einen Bruch in das Rechtssystem darstellen, im künftigen Rechte bei Weitem häufiger sein werden, als dies im gemeinen Rechte der Fall war. Die heute herrschende Ansicht begründet diese Erscheinung mit der Behauptung, dass man der starren Logik und Rechtskonsequenz nicht die Praxis opfern dürfe. Und doch erscheint es mehr als zweifelhaft, ob auf diesem Wege der angestrebte Vorteil wirklich erreicht werden wird. Es gilt auch für das künftige Recht, was der Verfasser der Entwürfe zu den preussischen Grundbuchgesetzen, FÖRSTER, am 23. Januar 1869 bei der Beratung dieser Entwürfe im Hause der Abgeordneten (Stenogr. Bericht 1869, 2. Bd. S. 1213) aussprach und was damals „ziemlich allgemein anerkannt" wurde: „Es ist einer der grossen Mängel unserer privatrechtlichen Gesetzgebung, von der Redaktion des Allgemeinen Land-Rechts herab bis auf unsere Tage, dass so häufig die Einheitlichkeit der Prinzipien und damit die Einfachheit des Rechtszustandes durchbrochen wird durch Ausnahmen, welche man beliebt hat, teils um einer angeblichen Billigkeit Rechnung zu tragen, die dann in der Regel auf der anderen Seite zur Unbilligkeit führt, oder um einer unmittelbar hervortretenden Nützlichkeit einzelner Fälle zu genügen, wo man dann den einzelnen Fällen eine zu grosse Tragweite gegeben hat."



